汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅因 著



汉译世界学术名著丛书

古代法

〔英〕梅　因著

沈景一译



商务印书馆

1996年·北京

汉译世界学术名著丛书
古 代 法
〔英〕梅因 著 沈景一 译

商 务 印 书 馆 出 版
（北京王府井大街36号 邮政编码100710）
新华书店总店北京发行所发行
河北三河市艺苑印刷厂印刷
ISBN 7-100-01805-6/D·140

1959年2月第1版 开本850×1168 1/32
1996年7月北京第5次印刷 字数205千
印数10 000册 印张7 5/8 插页4
定价：9.20元

汉译世界学术名著丛书
出 版 说 明

我馆历来重视移译世界各国学术名著。从五十年代起，更致力于翻译出版马克思主义诞生以前的古典学术著作，同时适当介绍当代具有定评的各派代表作品。幸赖著译界鼎力襄助，三十年来印行不下三百余种。我们确信只有用人类创造的全部知识财富来丰富自己的头脑，才能够建成现代化的社会主义社会。这些书籍所蕴藏的思想财富和学术价值，为学人所熟知，毋需赘述。这些译本过去以单行本印行，难见系统，汇编为丛书，才能相得益彰，蔚为大观，既便于研读查考，又利于文化积累。为此，我们从 1981 年着手分辑刊行。限于目前印制能力，每年刊行五十种。今后在积累单本著作的基础上将陆续汇印。由于采用原纸型，译文未能重新校订，体例也不完全统一，凡是原来译本可用的序跋，都一仍其旧，个别序跋予以订正或删除。读书界完全懂得要用正确的分析态度去研读这些著作，汲取其对我有用的精华，剔除其不合时宜的糟粕，这一点也无需我们多说。希望海内外读书界、著译界给我们批评、建议，帮助我们把这套丛书出好。

商务印书馆编辑部

1983 年 5 月

序

本書的主要目的，在扼要地說明反映于"古代法"中的人类最早的某些观念，并指出这些观念同現代思想的关系。如果沒有像罗馬法那样的一套法律，本文中企圖进行的研究，多数将不能有絲毫希望达到有用的結果。因为在罗馬法的最古部分中，有着最久远的古代事物的痕迹，而在其后期規定中，又提供了甚至到現在还支配着現代社会的民事制度資料。由于必須把罗馬法当作一个典型的制度，这使著者不得不从其中采取了数目似不相称的例証；但他的本意并非在写一篇关于罗馬法律学的論文，他并且尽可能竭力避免足以使其作品具有这样的外貌的一切論述。第三和第四章以一定篇幅用来說明罗馬法学專家的某些哲学理論，这样做，有两个理由。第一，著者認为这些理論对世界的思想和行为，比一般所設想的有較为广泛、永久的影响。其次，这些理論被深信为是有关本書所討論的各个問題直到最近还流行着的大多数見解的根源。对于这些純理論的淵源、意义与价值，著者如不說明其意見，則其所承担的工作，将不能做得深入透澈。

亨利·梅因

导　言

有关法律的書籍，不論是古代法或現代法，并不常常能吸引很多的讀者；但十八世紀和十九世紀分别产生了一本著名的法律書籍，对当代的和以后的思想發展方向，有着深远的影响。孟德斯鳩(Montesquieu)的“论法的精神”(L'Esprit des Lois)是法国十八世紀最傑出的作品之一，它标誌着历史法律学上的一个重要阶段，虽然具有梅因在“古代法”(第五章)中所評論的某些偏頗之处。“古代法”在十九世紀执行了甚至更为重大的职能；真的，就英国而論，如果說現代历史法律学是随着这本書的出現而出生的，也不能謂言之过甚。

虽然在梅因的卓越的文体中所表达的，有一些也不能認为是普通的东西，但“古代法”中有相当部分，在过去七十年中，几乎是学習法律制度的学生所不可或缺的。为了要能体現它在当时是怎样一个独具見解的作品，我們有必要来回顧一下当时流行着的一些智力状态。

1758年时作为第一个佛尼林派教授(Vinerian Professor)的布拉克斯頓(Blackstone)进行了未有先例的試驗，他在牛津大学講授英国法律。当时，他不得不用法律研究是一个有教养紳士的一种适宜的职业，来說服他的听众；虽然甚至他自己或許也不会相信这是像猎狐一样一种非常紳士般的职业。七十年以后，約翰·奥斯丁(John Austin)在倫敦大学以法律学的吸引力与实利向其听众吹噓(結果收效很少)，同时却坦白地承認有許多心地寬厚的人們不願研習法律，主要是由于它所来自的渊源，其性质“令人可厭”。有一次，他这样写道，“我胆敢断言，在一个文明社会中，沒有

一套法律会像我們的那样缺乏一致性和均称性"。除了海尔(Hale)和布拉克斯頓外,沒有人曾把它作过有系統的闡明。过去,法律是根据有試驗必有錯誤的原則学習的:現在还活着的一些老法学家可以記得那样一个时期,用一个著名的美国老法官——荷姆斯法官先生(Mr. Justice Holmes)——的話来描写,法律只是一蔴袋的瑣細东西;眞的,在某些开业律师中,贊成用这种純粹实驗的、听天由命的方法来精通法律的偏見,甚至到今天还沒有完全消除。

至于英国的法律史,不仅被忽視了,簡直是被蔑視了。例如,边沁(Bentham)竟然建議——除了作为批判之外——完全不顧所有的先例而把英国法律全部重新写过:对于他,甚至其最卓越的学生約翰·斯圖亚特·密尔(John Stuart Mill)也不得不說,"他宁願完全不顧过去的全部成就,而重新从头写起"。如果对于英国法律史的态度是这样,那就可以想象到,对于外国制度或对于今昔法律現象的比較研究,又将会有怎样輕蔑的感情了。

这种褊狹的心情,在对待罗馬法上,特别显而易見。1816年尼布尔(Niebubr)在维罗纳(Verona)發掘到該雅士(Gaius)"法学敎典"(Institutes)的手稿——这当然是学术史上最著名的發現之一:因为这篇論文不仅是我們对于古代罗馬法律甚至是我們对于雅利安(Aryan)法律一些最有啓發性的方面的唯一知識来源,并且在它写成四百年后的一部不朽傑作查斯丁尼安(Justinian)的"法学阶梯"(Institutes)曾根据其中極大部分作为編纂的范本。英国对这样的重大事件漠不关心。在本書第九章中,可以看到梅因痛切地——最終是有效地——抗議"对罗馬法的无知,这是英国人欣然承認,且有时不以为耻地引以自誇的"。

但是,对于过去法律制度和政治制度中可以确定的事实,不願加以探究的情况,不独英国如此。全欧洲有許多关于政治社会、自然法以及"自然状态"的起源的假設,这些假設,从現代观点看

来，似乎是很可笑，并且一点也不像历史上的事实，以致在今日，我們竟难于理解他們怎样会这样强有力地深入当时人們的想像的。我們必須耐心地、寬容地、并且也許謙逊地(否則将来我們自己的信念也将同样地成为毫无根据)牢記着梅因所說的"推理的錯誤的非常活力"。这使我們記起赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer)的意見，即"一种思想体系在自杀以后，有可能精神煥發地到处流行"。十八世紀中流行着的关于政治起源的各种观念，在卢梭(Rousseau)的奇怪的假定中达到了極点，并且直到十九世紀中叶即使已瀕于死亡，却仍活着、呼吸着，但如果說这些观念在过去二千年的長时期中实在一无进步，那是不能說是言之过甚的。关于社会人的性質，同这些虛說諷喻同时流行的，另外有一种广泛傳佈的信念，認为政治历史是一些退化的而不是發展的故事，認为人类及其大部分的制度已从一个神秘地遙远的时代的較为幸福的状况中趋向衰頹。因此，既然恢复原始的天眞状态已不可能，則我們为民族所能做的最好的工作就是珍惜地保存事物的現存秩序，至少要阻止它进一步墮落。

由于对历史的藐視，幸而它是同比較体面的动机相結合着的——一种动机是对于这种卓越的自然法的正当反应，另一种动机是要对法律概念的实質进行有系統分析的一种非常及时的願望——，就在英国产生了另一种法律理論，这主要同霍布斯(Hobbes)和奥斯丁有关，但和边沁也不无关系。这种理論，我們为了便利称它为法律与主权的命令說。它認为法律最突出的是一个在法律上有无限权力的主权者或"政治領袖"对一个臣民或"政治下屬"所頒發的不可抗拒的命令，后者既被假定为具有服从的習慣，就有絕对服从的义务。对于自然法或理想法中模糊的賞罰观念發生着怀疑，并且是正当地怀疑，它就集中其全部注意力于現实法的强制性質，至于它在历史上或倫理上的各种要素，則堅决不加考慮。这种

理論虽然在其他地方很少受到注意，但在英国直到現在仍旧常常被討論到；不过至少有一种意見是大家一致同意的，即它既然从法律学的領域中排斥了历史的考虑，就使它陷入了一种根本的謬誤，即把一切法律制度都認为是以西欧的君主国家作为典型的。

对于这些傾向，不是沒有阻力的，这些阻力就存在于梅因的作品中。德国有一个丰·薩維尼(Von Savigny)，他是历来最著名的法学家之一，他在十九世紀初期曾对十八世紀非历史的思想習慣加以激烈的攻击。虽然他对于国家法律与習慣并沒有眞正找到一种科学的历史的研究方法，但他提供了向这个方向努力的主要推动力量；他从事于法律学研究的精神，輝煌地表达在他自己的研究中，此种精神在以后就从来沒有被人們舍棄过，虽然其中有些誇張之处，随着时間的变迁已有所变更。他在英国很少直接影响，就是曾在德国求学的奥斯丁，也常常反对他所提出的結論，并且我認为虽然沒有很多証据，足以証明梅因非常熟悉丰·薩維尼及其門徒的著作，但他是深知他們的观点的一般要旨的，并且无疑地在实質上是同意这种观点的。梅因可能从洛多尔夫·丰·伊叶林(Rodolf von lhering) 在1858年出版的巨著“罗馬法精神”(Geist des römischon Rechts) 受到更加直接的影响。伊叶林在几个重要問題方面，与薩維尼的观点不同，但他肯定地主張把历史方法用于法律学中。他也对罗馬法的研究带来了一种新的和活潑的精神，与長期在德国压制着罗馬法的无生气的經院哲学派不同；有許多証据足以表明这对于梅因是一种眞正的刺激，正像吉朋 (Gibbon) 对伊叶林同样是一种刺激一样。

“古代法”出現的时期，也是人类思想史上有最深远影响的事件之一，即达尔文(Darwin)自然选擇原則形成的时期。“物种起源”(The Origin of Species)發表于“古代法”出版前两年。在梅因的主要著作中，据我所知，只有一处直接提到了达尔文；在“古代法

律与習慣”（Early Law and Custom）第七章中，他認为达尔文从自然科学上提供了有利于父权制理論的証据。究竟梅因是否接受进化論的理論包括其全部含意在內，这是本文作者所不了解的，但梅因在历史法律学方面的著作自然地同十九世紀中叶广为傳佈的新的研究精神平列在一起，則是沒有疑問的。

关于这种“新学問”，就其对法律的影响而論，梅因的全部著作可以被認为是一种有生气的表現。他对那些不科学的缺乏批判的，被野蛮地但簡略地称为“先天主义”的那种很盛行的思想習慣，从不放松加以反对。他在“古代法制史”（The Early History of Institutes）（第十二講）中写道，“为英国法学家一般接受的各种历史理論，不但对于法律的研究有很大的損害，即使对历史的研究也是如此，因此，当前英国学术上最迫切需要增益的，也許是新材料的审查，旧材料的再度审查，并在这基础上把我們法律制度的来源及其發展，加以闡明。”对英国法律应該这样，对其他一般法律也同样应該这样。在“古代法”中，梅因对当时流行的政治純理論中最为旁若无人的、根深蒂固的某种“先天主义”給以第一次的攻击（这在他以后的著作中，常被重复地进行着）。例如，在第四章中的“‘自然平等’的教条”，第五章中的“幻想的‘自然状态’”，第八章中的“認为財产起源于單独的个人对物質財富的‘占有’这毫无根据的观点”，第九章中的“社会契約的梦囈”，沒有一个人曾像他那样恶毒地辱罵这些一度声势極盛的說教的严重錯誤。他說：这些有关“世界最古年代人类情况的描写受到这两种假設的影响，首先是假定人类并不具有今天圍繞着他們的大部分环境，其次，是假定在这样想像的条件下他們会保存現在刺激他們进行活动的同样的情緒和偏見”。至少对于英国，梅因可以說是已經改变了“自然”的面貌。

这种智力状态使梅因完全不可能接受霍布斯与奧斯丁的主权命令說；把它视为是一切法律的起源和性質的特征。这是在“古代

法”最初的篇幅中就加以說明的；并且他在十四年后出版的“古代法制史”最后两講中更深入地加以发挥。奇怪的是，梅因虽然是奥斯丁最严格的批評者之一，但他把奥斯丁在法律分析上所作努力的眞正成績推荐給英国法学家，則有甚于任何人。奥斯丁在1828年所作的演講，除了培养人才补足审判席缺額以外，似乎很少成就；他的演講集在1832年出版时，依旧毫无影响；只是通过了梅因的各种著作和他在1852年对法学院所作的演講才把这一热誠的、太过热誠的眞理追求者所作耐性的但落空的努力，从湮沒中援救出来。但是，虽然他对奥斯丁的分析天才比以后許多爭論者給予更多的讚誉，但他对于把法律視作为命令，并且只是命令这一个論点，却无疑地論証了它的缺点。

我在前面已經提到梅因对于英国人对罗馬法的“極端无知”，提出了非难。1847年，他接受了劍桥大学民法学欽定講座的教授职位，因为这个任命，使他得以專心研究古代法而获益不少。在关于罗馬遺囑（第六章）、法律訴訟（第十章）、家父权（第五章）以及罗馬契約分类（第八章）等这些輝煌的綱要中，包含着許多新奇的东西，这些东西現在虽已毫不新奇，但在1861年它們都是很新奇的；我們必須指出其中也有許多到現在已成为有疑问的了，但是，对于并不熟悉專門的罗馬法的讀者，还不能在英文中找到一本書，能对那偉大法制中某些独特的制度，“像古代法”这样提供生气勃勃的說明，并且就罗馬法对于欧洲人生活上和思想上几乎每一个部門所發生的巨大影响，現在当然还找不到比第九章中所作的更好的、更有說服力的描写。还不很熟悉这一切的讀者，可以从吉朋所著“罗馬帝国衰亡史”这一无比精辟的書的第四十四章中找到很适宜的补充材料。

梅因与进化論学派的密切关系，可以从他对于法律制度史中某种进步因素所具有的确实而决不空洞的信念，明白表現出来。

他完全意識到进步一字的含义含糊:在其无数警句之一中,他告訴我們:“对于人們,不論是个人或是集体,沒有东西比把他們的道德进步認作一个实体的現实性,更可厭恶的了”;他認为絕大部分人类往往对于任何有意識地努力改进民主制度表示漠不关心,对于这种現象,他表示大为惊奇(見第二章)。他从不怀疑,社会是明显地向着一种稳健的坚实的方向前进的;这样,在契約的發展史中,他發現了善意这个道德观念的逐步出現,并且虽然从沒有停止和自然法非历史性的謬論作斗爭,但他依然在其中看到了一个可以促使改进的有力因素,以反对法律的保守主义的禀性,即認为法律是只能通过相当难以运用的如拟制、衡平和立法等权宜手段来改进本身的。他同样清楚地認識到社会是天然地分为“进步的”和“不进步的”的——这种两分法,相当于西方与东方的两分法。他不願为“进步”的标准下一个定义;但在“古代法制史”中,他提出了至少两种可能的区别标准——一种是有意識地采用对最大多数人給以最大幸福的原则作为立法政策,另一种是对待妇女地位的流行态度。有許多其他标准可以提出来討論;沒有一个可以不变地加以应用;但誰会怀疑,在进步的社会和不进步的社会之間确有不同,或是誰会認为,梅因在这样相信了以后已作出了过分滿足的假設呢?

在进一步介紹“古代法”中某几个时常引起爭論的部分以前,必須首先注意到本書的一个独特之点。大多数人在对某一門科学作專門研究时,在發表(如果他們的确發表了)他們的一般結論前,必先就其各个細节,加以詳細研究,并可能要先加以說明。而梅因的做法,恰恰与此相反。在其第一本書中,他叙述了最粗糙的一般原理,而在他所有的后期作品中,除了二本比較不重要的之外,只是用了更詳細的和更明确具体的例証,以深入闡明他在开始其事业时所提出的各項原理。这种方法是大胆的,并不是毫无危險的:

除了对于事物的要点具有非常的直覺的理解力的人，采用这种做法，很难获得成功。学者們为了使其結論能达到精确无誤，一般对于概括是非常謹愼的，有时簡直是不健康地謹愼；但是对于“古代法”，如果眞有任何成語与它联用得最最經常，那就是“輝煌的概括”这一个成語。在“古代法”中，很少有一頁沒有几句著名的警句，突出于字里、行間；可怪的是，梅因在經过長期的辛勤的进一步研究后，竟發現很少有必要就其最早的意見，进行修正。这本書充滿了淵博的知識，却沒有表示博学的一般附屬物；究竟是由于政策，或是由于厭恶，还是由于无能，无論如何，梅因坚决拒絕采用似乎常常需要的旁注和詳細証据，以为其明白直率的主文的累贅。虽然其結果有时使經过專門訓練的讀者感到不便，但免除学术上的累贅，无疑地大大增加了“古代法”和梅因的其他一切著作的声望。我們享受着文字的乳汁，而不被迫目击挤乳的这种繁重的、有时候很辛苦的劳动，虽然在“东西方村落共产体”(Village Communities in the East and West，1871年)、“古代法制史”(1875年)及“古代法律与習慣”(1883年)中都用了比“古代法”更正确的、更有批評眼光的考查以观察古代法律中的各个問題，但梅因在“古代法”之后写的一些作品，都不及这个初生兒，甚至一半也及不到。

因此，“古代法”应該被認为好像是梅因畢生工作中的一个宣言書，这是雅利安民族各个不同支系，尤其是罗馬人、英国人、爱尔兰人、斯拉夫人以及印度人的古代法律制度的一个比較研究。由于它本身是一个令人滿意的統一体，它不能被視为仅仅是一篇緒論；不过，对于他粗糙地談到的許多問題，如果要获得更丰富的知識，讀者还必須借助于梅因的后期作品。例如第八章提到的村落共产体是一篇用同名的完整的(虽然是簡短的)論文的主題，由于当时那士 (Nasse) 和 G. L. 丰·毛勒 (G.L. von Maurer) 的新近研究而引起的；关于父权家族的說明，当然应該以“古代法律与習慣”

为补充材料，这是梅因的最后一部重要著作，在其中，他用了同样的說服力和机智，乘便对主張母权制理論的几个主要代表人予以答复。在这里，由于篇幅的限制，难以就“古代法”中討論的各个題目，一一指出究竟在他后期作品中哪些地方曾詳加說明；但就主要的題目中，可以提出的有主权、集体財产的早期形式（其重要的一方面，即联合家族，在“古代法”中沒有提到，但在“村落共产体”和“古代法制史”中，都有詳尽的討論），封建制度化的过程，各种古代法典（例如在“古代法律与習慣”的第一章中，詳細叙述了“摩奴法典”），法学家〔特別是罗馬法学專家（Jurisprudentes）和愛尔兰“古代法官”〕在制成法律上所起的影响，原始的亲屬关系，动产所有权〔关于第八章中所討論的要式交易物（resmancipi）更詳細的說明，可参考“古代法律与習慣”第十章〕，土地所有权，長子繼承权，拟制（例如，关于收养这个拟制的补充說明，可見“古代法制史”第八講和“古代法律与習慣”第四章），原始訴訟程序〔著名“戏劇化”的誓金（Sacramentum）可在“古代法制史”第九講中再度發現〕，强制执行的各种早期形式，祖先崇拜和家族聖物，以及衡平的發展等。

“古代法”中有許多部分，在后来成为批評或者有时是別人所不同意的主題，对于这些，只可浏覽一过。在一般人的心目中，梅因的名字也許最容易同父权制的理論联系在一起。大家都知道，有一个以巴覺芬（Bachofen）〔他的“母权制論”（Das Mutterrechet）由于巧合，恰在“古代法”出版的同一年中出版〕、馬克林南（Mclen-nan）、摩尔根（Morgan）、約瑟夫·庫勒（Josef Kohler）和法拉善（Frazer）为其主要代表人物的反对学派，主張人类社会以一个人羣开始，其中男女两性处于一种沒有节制的杂交状态中互相匹配，主張首先出現的家族集团是以母氏为中心的，并且主張以認定的生父的体力和独占禁忌占优势的家族集团，在發展的过

程中，应属于一个較后的阶段。而在“古代法”和“古代法律与習慣”的簡要研究中，显然梅因所描写的社会，既不是一个以“自然状态中的人”也不是以母系子嗣，而是一个以父权的、宗亲的家作为單位的社会。

但是，梅因所重新假設的这种共产体，从来沒有要被認为是人类社会淵源的代表之意。他的研究明白地限于雅利安民族，尤其是其中比較进步的几个支系（但有显著的例外，如印度村落共产体）；虽然在其他方面可能有些爭执，但雅利安家族制度主要是父权的，这是沒有爭議的。在“古代法律与習慣”中，梅因不但不主張人类种族的各个支系应該有一个單一的、一成不变的發展圖式，他并且毫无隐瞞地对这种想法表示着怀疑。現代学說所主張的，正和这个意見相同：現在認为，把父权制理論和母权制理論作为相互之間不能調和的对立物是完全人为的。男性和女性在家族中和社会上的相对重要性决定于許多变化着的情况，譬如各家族集团是孤立的还是互相邻接的，男女两性的相对人数，战爭的影响，可用以贍养妻子的財富，灭嬰的習俗，以及許多其他类似的因素，决不可能在一切时代和一切地点，完全相同。即使在大量証据中仅仅熟悉其中一部分的人（或仅仅熟悉其中可靠部分的人，并且不包括梅因諷刺地称之为“道听途說”的人），現在也不再怀疑母系的安排曾流行于世界的許多地方。梅因曾被責难为在承認馬克林南和摩尔根所提出母权制的証据时过分勉强，并且过分严格地坚持着男性的体力和性的忌妒这些支配的因素。实际上，梅因完全承認父权制并不能适用于一切形式的社会；他所主張的，只是父权制是雅利安人所特有的，同时母权制的証据并不足以支持有一种原始羣杂交的通說而已。对于这两种說法，現代的意見都支持着他；任何普遍的原始杂交的假設，現在为一般人所不信，虽然作为偶然的热情奔放的那种所謂性的共产主义，証据还是不少；在雅利安人中間确有母

权制的遺迹，但他們認为这很可能不是人类家族中这一支系的一种較古时期的原有情况，而是它同非雅利安种族習慣相接触的結果。

梅因的行文流暢，偶尔（但只是偶尔）也有自相矛盾之处，这是不能毫无保留地加以接受的。这类矛盾在“古代法”最初的篇幅中就可以看到，在第一章中，关于半司法的、半宗教的 θέμιστες 覺得出了在原始社会中“判决先于習慣”的結論。在“村落共产体”中，梅因回到了“主权者有权創造習慣”。在这个問題上，有两种不同信念的学派，一派主張在最古时期高級官吏的宣告只是宣佈业已存在的習慣，另一派則認为这些宣告却眞正是創設和塑造通俗慣例的决定因素。眞相似乎是在这两种相反的观点的中間。毫无疑問，早期的判决，不論是国王的或是祭司的，不論是純粹世俗的或是幻想为神灵所啓示的，在确定習慣的形式、范圍以及方向上，确有很大的影响。同时，一切証据似乎都說明，最古时期的司法職能被認为是以發現現存的法律为其主要目的。在西方世界，到处都有关于这种“發現法律”以及以發現法律为專职的公認專家的各种記录。甚至在解釋过程中采用了（这也常是必然的）新的成分，在这种情况下，实际上已从單純的宣佈进入了創設的时期，甚至在这种时候，这种改革仍旧被裝扮成只是發現：正像英国法官在实質上是把新的成分轉入到法律中去，却仍旧尽可能地把它們說成是根据于現存的先例一样。梅因对于这种看法，曾經詳細考慮而加以同意，因为在“古代法律与習慣”（第六章）中，当他写到 θέμιστες 时，認为它“无疑地来自早已存在的習慣或慣例”；虽然他也許是为了表示公正起見，接着說，“这观念是，它們是由国王自發地或經过神的提示而想出来的”。

“古代法”中沒有一部分像万民法（ius gentium）的叙述那样需要更多的詳細說明。“古代法”的最大缺点，在于它跳过了从罗馬人

到格罗秋(Grotius)之間的几个世紀，忽略了中古世紀的时期，在这个时期內，“自然法”轉变成为有无限活力和影响的一种神学概念。对于像梅因这样有非常的均衡感和透視力的人，这眞是一个奇怪的遺漏，而每一个讀者希望对这一漫長时期的法律理論有比較正确的印象的，应該至少参考一下布賴斯爵士(Lord Bryce)和菲萊特烈克·濮洛克爵士(Sir Frederick Pollock)关于“自然法律史”的几篇論文，以及 A.J. 喀萊尔博士(Dr. A. J. Carlyle)的“西方中世紀政治理論”(Medieval Political Theory in the West)。

梅因对于罗馬契約法發展的說明，是他論文中最雄辯的部分之一。但这部分有些浪漫的傾向，则是无法掩盖的事实。在有些方面，他似乎显然是錯誤的；例如約定(stipulaio)，根据現代意見，不能被眞正地認为是来源于耐克逊(nexum)：它也許在宗教的神聖性中有完全不同的历史，不同的来源。在其他方面，如关于耐克逊的确切性質，他所表示的見解，有些也只能認为是似乎可信的猜測；但这样說，并不能被認为是对他責难，因为从梅因的时代起，对于这一个問题曾發生过无休无止的爭論，而爭論的結果也还只是一些可能和推測而已，实际上，以証据而論，也只能得到这样的結果。梅因对于罗馬契約的历史分类存在着眞正的弱点，这与罗馬法学家自己对于合意的分类的存在着弱点，完全相同一弱点是在于它圖表式的但靠不住的單純。梅因所提出的各个阶段是：把債务同眞正的以身体自由为質物(耐克逊借貸)看做一回事，带有严格的神聖仪式；其次是以庄严的口头問答和以誠意担保的債务；其次是有書面文字的无可辯駁的証据；其次是眞正契約的“巨大道德进步”，这些契約代表着公正的基本原理，即根据一致同意的条件，受領和享有他人有价物件的人，有归还它或其价値的义务；其次是在任何經济發达的社会中，在四种最普通和重要的交易

中一致的效力;以及最后，通过裁判官（prætor）的自由学說，在任何严肃的和合法的場合中所取得純粹一致的拘束力。我們不能說这种根据于道德进步路綫的历史順序,是明显地錯誤的,但为愼重起見,我們必須承認要证实其一切细节,現有的証据显然并不充分。事实正如我們常常指出来的那样，罗馬人在有关合意的法律方面是独特地憑經驗的，他們从来沒有發展一个令人滿意的和不矛盾的眞正作为契約的契約理論，他們的市民法要因（causa civilis)学說,被假定为是一切有拘束力的合意所依据的,是完全沒有可靠的法律基础的。梅因留給我們的印象是,裁判官憑着体現“能达到正当后果的‘諾成契約’原則”的“裁判官告令”,把合意的可訴性扩大到几乎毫无限制。这是一种严重的誇大。实际上，裁判官告令,在数量上是很少的,在性質上是很專門的，在范圍上是很狹小的。毫无疑义,到了古典时期，契約的領域在理論上和在实际上，都已变得很广泛,足以滿足一切普通目的了;但是它还不能公正地被認为具有梅因这样热誠地归功于它的那种科学的均称性或道德的一致性。

在第五章的結尾，可以看到梅因对他所想象的“各国民事法律”的發展,进行了幹練的总結,同时讀者在开始閱讀本書之前,最好先熟讀这一段文字,即以“到現在为止，我們已經研究过有关古代‘人法’的各个部分”开始的几頁,并且先要把本書开头的主要的五章所依据的要旨牢記在心中。这几頁中最后一句話是全部英国法律文献中最著名的“进步社会的运动,到此处为止,是一个从身分到契約的运动。”这些文句在它写成的当时,是适当的、可以接受的——那个时候，十九世紀个人主义的全部力量正在逐漸增加其动力。关于梅因所应用的“身分”这个字,是否适当,这里不拟作專門的詳尽討論，但作为一个法律“术語”，就他所接受的含义来講,是有討論的余地的;但他的結論实足以表現一条为当今历史法

学家沒有任何爭执的原则——即个人自决的原則，把个人从家庭和集团束縛的罗網中分离开来；或者，用最簡單的話来說，即从集体走向个人的运动。这是梅因的論文的主要观点，是他对所有那些先天的空想进行攻击的矛头，这些空想創造了抽象的人，作为年轻世界的天命的君主，这样就顚倒了全部的历史进程。可以看到，梅因在說这个运动到此处为止是进步社会的特征时，是很愼重的。現在有許多人在問，有的带着怀疑，有的可以看出是有祇貌地，究竟有沒有从契約到身分的相反运动發生过。我們可以完全肯定，这个由十九世紀放任主义 (laissez-faire) 安放在"契約自由"这神聖語句的神龕內的个人絕对自决，到了今日已經有了很多的改变；現在，个人在社会中的地位，远較著作"古代法"的时候更广泛地受到特别团体、尤其是职业团体的支配，而他的进入这些团体并非都出于他自己的自由选擇。很可能，过去一度由家庭这个發源地担任的任务，在将来要由工团这个發源地来担任了；也可能梅因的这个著名原則，将会有一天被簡單地認为只是社会史中的一个插曲。如果竟然是这样發生了，这究竟是标誌着社会的进步还是退化，是一个非常适合于每一个有思想的人仔細研究的問題，但在这里，是不宜于作任何討論的。

本書中有些不重要的疏漏之处，对于一般讀者，是可以不必特别提出的。但有一点必須加以指出。在第四章中梅因竟以为布拉克頓 (Bracton) 曾"把全部形式和三分之一內容直接剽窃自'民法大全'"的一篇論文，作为純粹英国法的一个綱要，向其同胞推銷。这与現在由麦特兰 (Maitland) 研究結果确定的事实严重地不相符合，这些事实，在 1861 年时是不可避免地被誤解了。布拉克頓的亨利或布拉頓 (Bratton) 是除了法学家和历史学家外，一般人很少知道的一个作家，因此請原諒我为他作一介紹，他是亨利三世皇朝后半期中一个王室法庭的法官，并且是研究中世紀时期"英国法

律和習慣”方面一个最重要的“寺院派”作家。像他当时所有的教士一样，他用拉丁文纂述文章，他应用罗馬法的傳統分类与排列；虽然决不至于有“三分之一內容”，但他的著名論文中确有相当部分借助于罗馬法——但不是“民法大全”的本身，而是十二世紀“波罗諾学派”(Bolognese) 注釋者所“修正”的罗馬法律学。但他的著作，不論在意圖上或是在效果上，絕不是欺人之談：他的主題是眞实的、本土風光的、英国的封建法律，虽然曾受到当时所公認的研究法律学的方法——一个必然是罗馬式的方法——的影响，而它受到这种影响，实在也是无可避免的。

最后必須加以說明，在本書中提到的一二樁有关英国法的事，最近已經有了变化。一般都知道，在梅因著作中占有非常显著地位的并且是他所一貫不讚成的長子繼承权 (primogeniture)，在現在，除了荣誉称号以外，在一切主要方面都已从英国繼承法中消失了。第八章中有关英国动产法“威胁着要併吞和毁灭不动产法”的預言，現在大部已經实現了。至于英国已婚妇女的无能力(第五章)，这种現象在1861年时是任何文明社会的一种耻辱，在二十一年以后已被徹底消灭，这原是众所周知而毋庸加以說明的事。

喀萊頓·墾卜·亞倫 (Carleton Kemp Allen)

1931年

目　　录

第一章　古代法典

世界上最著名的一个法律学制度从一部"法典"(Code)开始，也随着它而結束。从罗馬法历史的开始到結束，它的釋义者一貫地在其用語中暗示着，他們制度的实体是建筑于"十二銅表法"(Twelve Decemviral Tables)、因此也就是建筑于成文法的基础上的。在罗馬，对于"十二銅表法"以前的一切制度，除了一特殊之点外，都不予承認。罗馬法律学在理論上是来自一部法典，而英国法律在理論上則被認为是来自古代的不成文慣例，这是他們制度的發展和我們制度的發展所以不同的主要原因。这两种理論与事实不完全相符，但却都产生了極端重要的后果。

"十二銅表法"的公布并不能作为我們开始研究法律史的最早起点，这是毋庸多說的。古代罗馬法典，是屬于这样一类的法典，几乎世界上每一个文明国家都可以提出一个范例，并且以罗馬和希腊而論，它們是在彼此之間相距并不过分遙远的时代中在它們各自的領域中广泛地傳佈着。它們是在非常类似的情况下出現的，并且据我們所知，也是由类似的原因产生的。毫无疑問，在这些法典的后面，存在許多法律現象，这些法律現象在时間上是發生在法典之前的。現在有很多文件記录，明白地提供我們关于这种早期法律現象的知識；但在語言学家能对"梵文"(Sanskrit)文学作出完全的分析以前，我們知識的最好来源无疑地只有希腊的荷馬詩篇(Homeric poems)，当然我們不能把它認作一种确实事件的历史，而只能把它作为作者所知道的不是完全出于想象的一种社会状态的描写。縱使詩人的想象力对于这种英雄时代的某些特征，如战士的勇猛以及神的威武，可能有些夸張之处，但我們沒有理由

相信，他的想象力曾受到道德或形而上学的概念的影响，因为，这些概念当时还没有作为有意識观察的对象。就这一点而論，荷馬文学实远比后期的文件更为眞实可靠，因为，这些文件虽然也是为了要說明同样的較早时期的情況，但是它們的編纂是在哲学的或神学的影响之下进行的。如果我們能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我們有无限的价值。这些基本观念对于法学家，眞象原始地壳对于地質学家一样的可貴。这些观念中，可能含有法律在后来表現其自己的一切形式。我們的法律科学所以处于这样不能令人滿意的状态，主要由于对于这些观念除了最最膚淺的研究之外，采取了一概加以拒絕的草率态度或偏見。在采用观察的方法以代替假設法之前，法学家进行調查研究的方法眞和物理学与生物学中所用的调查研究方法十分近似。凡是似乎可信的和內容丰富的、但却絕对未經証实的各种理論，像"自然法" (Law of Nature) 或"社会契約" (Social Compact) 之类，往往为一般人所爱好，很少有踏实地探究社会和法律的原始历史的；这些理論不但使注意力离开了可以發現眞理的唯一出处，并且当它們一度被接受和相信了以后，就有可能使法律学以后各个阶段都受到其最眞实和最大的影响，因而也就模糊了眞理。

在荷馬詩篇中曾經提到"地美士"(Themis)和"地美士第"(Themistes) 的字眼，这是一些最早期的概念，它們和現在已經充分發达的法律观念和生活規律有着密切的关系。如所周知，"地美士"在后期希腊万神庙中是"司法女神" (Goddess of Justice)，但这是一个現代的并且已經很發达的观念，同"伊利亞特" (Iliad) 中把"地美士"描写为宙斯 (Zeus) 的陪审官的原意，完全不同。所有对于人类原始状态的忠实观察者現在都能清楚地看到，在人类的初生时代，人們对于持續不变的或定期循环發生的一些活动只能假用一个有人格的代理人来加以說明。这样，吹着的風是一个人，并

且当然是一个神聖的人；上升、上升、到达極頂然后下落的太阳是一个人，并且是一个神聖的人；生長庄稼的土地是一个人，也是神聖的人。在物理世界中如此，在道德世界中也是如此。当国王用判决解决糾紛时，他的判决假設是直接灵感的結果。把司法审判权交給国王或上帝的神聖代理人，万王之中最偉大的国王，就是地美士。这个概念的特点，表現在这个字的复数用法。地美士第，即地美西斯，是"地美士"的复数，意指审判的本身，是由神授予法官的。在談到国王时，好像他們的手中就有着丰富的"地美士第"，随时可以应用似的。但是我們必須明白了解"地美士第"并不就是法律而是判决。格罗脱（Grote）先生在其"希腊史"（History of Greece）中說，"宙斯或是地球上的人王，不是一个立法者而是一个法官"。他有充足的"地美士第"，但是，虽然始終相信"地美士第"来自天上，我們却并不能就假設在各个"地美士第"之間，有着任何一条原則貫串着；它們是各別的、單独的判决。

甚至在荷馬詩篇中，我們也还可以看出，这些观念只是暫时的。在古代社会的簡單机构中，情况类似的情形可能比現在还要普遍，而在一系列的类似案件中，就有可能采用彼此近似的审判。我們由此就有了一种"習慣"的胚种或者雛形，这是在"地美士第"或判决的概念之后的一种概念。由于我們的現代联想，我們就先天地傾向于以为一个"習慣"观念必然是先于一个司法判决的概念，以为一个判决必然是肯定一个"習慣"，或是对于違犯"習慣"的人加以处罰，縱使我們的思想傾向是这样，但是，非常明确，各种观念的历史順序却眞正是象我在前面所排列的那样排列的。荷馬对于一个在胚胎中的習慣，有时用單数的"地美士"——更多的时候則用"达克"（Dike），它的意义明显地介于一个"判决"和一个"習慣"或"慣例"之間。至于 Nόμος 是指一条"法律"，这是后期希腊社会政治語彙中一个非常偉大而著名的名辞，但在荷馬詩篇中却

沒有見到过。

所謂神聖的代理人这种观念，暗示着"地美士第"，而其本身又人格化在"地美士"中。这种观念一个膚淺的研究者可能会把它和其他原始信念混淆起来，我們必須把它們区分开来。有一种概念認为整部的法典是由"神" (Deity) 口授的，例如印度的"摩奴"法典 (Hindoo laws of Manu)，这种概念似乎屬于比較后期和比較發达的思想。"地美士"和"地美士第"是同長久以來頑固地为人們拘泥着的一种信念密切地联系着的，这种信念认为在生活的每一个关系中，在每一个社会制度中，都有一种神的影响作为它的基础，并支持着它。在每一古代法律中，在每一政治思想的雛形中，到处都可以遇到这种信念的征象。那时候所有的根本制度如"国家"、"种族"和"家族"都是假定为貢献給一个超自然的主宰，并由这个主宰把它們結合在一起的。在这些制度所包含的各种不同关系中集合起来的人們，必然地要定期举行公共的祭祀，供奉公共的祭品，他們时时为了祈求赦免因无意或疏忽的侮慢而招惹的刑罰举行着斋戒和贖罪，在这中間这种同样的义务甚至被更有意义地承認着。凡是熟悉普通古典文学的人，都会記得家祭 (sacra gentilicia)这个名詞，这对于古代罗馬的收养法和遺囑法都有着極重要的影响。到現在为止，还保存着原始社会某些最古怪特点的印度習慣法(Hindoo Customary Law)，对于人們所有的一切权利和繼承的一切規定，几乎都要在死人安葬时，也就是說在家族延續發生中断时，按照举行規定仪式时的严肃程度而决定。

在我們离开这一法律学阶段以前，凡是英国学生都必須注意到这样的一点。在边沁的"政府論丛"(Fragment on Government)以及奥斯丁的"法律学范圍論"(Province of Jurisprudence Determined) 中，他們把每一項法律分解为立法者的一个命令，因此是一种强加于公民身上的义务，并且是在發生反抗时的一种制裁；他

們并且进一步断定这个作为法律第一个要素的命令，必須不仅是針对一个單一的行为，而且是对着一系列的或者許多屬于同一类型和性質的行为。这样把法律的各种要素加以分析的結果，同已經成熟的法律学的事实完全相符；并且只要在用語上稍为引伸一下，它們就能在形式上适用于各种各样的、各个时代的一切法律。但是，这并不就是說，在这个概括中所含有的法律观念，即使到現在，还完全同这个解剖相符合；可奇怪的是，我們对于古代思想史如果研究得越深入，我們發現我們自己同边沁所主張的所謂法律是几个要素的混合物的这种概念，距离越远。可以断言，在人类初生时代，不可能想象会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还沒有达到習慣的程度，它只是一种慣行。用一句法国成語，它还只是一种"气氛"。对于是或非唯一有权威性的說明是根据事实作出的司法判决，并不是由于違犯了預先假定的一条法律，而是在审判时由一个較高的权力第一次灌輸入法官脑中的。我們要想理解这些在时間上和在联想上同我們距离这样遙远的种种見解，当然是極端困难的，但是，我們如果能比較詳細地研究一下古代社会的构成，了解到在古代社会中，每个人的生命有極大部分都生活在族長的專制之下，他的一切行为实际上不是由法律的而是由翻复无常的一种統治所控制着，这就比較可信了。我可以說，一个英国人应該比外国人更能够理解这样的一个历史事实，即"地美士第"的發生先于任何法律概念，这是因为，在流行着的有关英国法律学性質的許多相互矛盾的理論中，其最得人心的，或者无論如何是最能影响实践的，当然是假定成案和先例先于規則、原則及差别而存在的理論。应该指出，根据边沁和奥斯丁的見解，"地美士第"还有把單一的或唯一的命令从法律中区分开来的特性。眞正的法律使所有公民毫无差别地一致遵守着种类相似的許多条例；这正是法律的最为一般人所深切感觉到的特征，使"法律"这个名詞只能适

用于一致、連續和类似。至于命令只規定一个單独的行为，因此同“地美士第”比較近似的是命令而不是法律。命令只是对孤立的事实状态的宣告，并不必然地按照一定的順序一个和另一个相連。

英雄时代的文学告诉我們的法律萌芽，一种是“地美士第”，还有一种是在稍为發展的“达克”的概念中。我們在法律学史上达到的下一个阶段是非常著名的，并且也是饒有兴趣的。格罗脫先生在其“希腊史”第二篇第二章中，曾把已逐漸不同于荷馬所摹繪的社会生活方式詳細加以描写。英雄时代的王权，部分地依靠着神所賦与的特权，部分地依靠着拥有出类拔萃的体力、勇敢和智慧。逐漸地，君主神聖不可侵犯的印象开始淡薄，当一系列的世襲国王中产生了柔弱无能的人，王家的权力就开始削弱，并且終于讓位于貴族統治。如果我們可以正确地应用革命的术語，則我們可以說，王位是被荷馬一再提到的和加以描写的領袖議会所篡夺了。无論如何，在欧洲各地，这时已經从国王統治时代轉变到一个寡头政治时代；即使在名义上君主职能还沒有絕对消失，然而王权已縮小到只剩下一个暗影。他成为只是一个世襲将軍，像在拉栖第梦(Lacedæmon)，只是一个官吏，像雅典的执政王(King Archon at Athens)，或仅仅是一个形式上的祭司，像罗馬的献身王(Rex Sacrificulus)。在希腊、意大利和小亚細亚，統治阶級似乎一般都包括着由一种假定的血緣关系結合在一起的許多家族，他們虽然在开始时似乎都主張有一种近似神聖的性質，但他們的力量在实际上却并不在于他們所标榜的神聖性。除非他們过早地被平民团体所推翻，他們都会走向我們現在所理解的一种貴族政治。在更远一些的亚洲国家，社会所遭遇的变革，在时間上，当然要比意大利和希腊所發生的这些革命早得多；但这些革命在文化上的相对地位，則似乎是完全一样的，并且在一般性質上，它們也似乎是極端相似的。有些証据証明，后来結合在波斯王朝統治下的各个民族以

及散居在印度半島上的各个民族，都有其英雄时代和貴族政治时代；但是在它們那里，分别产生了軍事的寡头政治和宗教的寡头政治，而国王的权威則一般并沒有被取而代之。同西方事物的發展过程相反，在东方，宗教因素有胜过軍事因素和政治因素的傾向。在国王和僧侶阶級之間，軍事和民事的貴族政治消失了，灭絕了，或者微不足道；我們所看到的最后結果，是一个君主享有大权，但是受到了祭司阶級的特权的拘束。在东方，貴族政治成为宗教的，而在西方，貴族政治成为民事的或政治的，虽然有着这些区别，但是，在一个英雄国王历史时代的后面跟着来了一个貴族政治的历史时代，这样一个命題是可以被認为正确的，縱使并不对于全人类都是如此，但无論如何，对于印度一欧罗巴 (Indo-European) 系各国是一概可以适用的。

有一点对于法学家很重要，就是这些貴族都是法律的受託人和执行人。他們似乎已經繼承了国王的特权，唯一的重要区别，在于他們并不对每一个判决都裝作出于直接的神示。主張全部法律或是部分法律来自神授的思想联系，仍旧到处表現出来，这使族長所作的判决被諉諸于超人类的口授，但是思想的进步已不复允許把个别爭議的解决，用假定一种超人的仲裁来解釋。法律寡头政治現在所主張的是要壟断法律知識，要对决定爭論所依据的各項原則有独占的权利。我們在事实上已到了“習慣法”的时代。“習慣”或“慣例”現在已成为一个有实質的集合体而存在，并被假定为貴族阶層或阶級所精确知道的。我們所依据的权威使我們深信，这种寄託于寡头政治的信任有时不免要被濫用，但这当然不应該仅仅視为一种僭取或暴政的手段。在文字發明以前，以及当这門技术还处于初創时代，一个賦与司法特权的貴族政治成了唯一的权宜手段，依靠这种手段可以把民族或部族的習慣相当正确地保存着。正是由于它們被託付于社会中少数人的記忆力，習慣的眞实

性才能尽可能地得到保証。

"習慣法"以及它为一个特权阶級所秘藏的时代，是一个很値得注意的时代。这个时代的法律学处于怎样一个状态，其殘留痕迹到現在仍旧可以在法律的和民間的用語中發現。这种專門为有特权的少数人所知道的法律，不論这少数人是一个等級，一个貴族团体，一个祭司团体，或者一个僧侶学院，是一种眞正的不成文法。除此以外，世界上就沒有所謂不成文法这样东西了。英国的判例法有时被称为不成文法，有些英国理論家正告我們說，如果眞要編訂一部英国法律学的法典，我們必須把不成文法变为成文法——他們坚持說，这一个轉变，如果不是在政策上有可疑之处，无論如何，是非常重大的。实际上，在有一个时期中，英国普通法的确可以合理地称为不成文法。前一輩的英国法官們确实标榜着具有为法院和人民羣众所不完全知道的規則、原則及差别的知識。他們要壟断的法律，究竟是不是完全不成文的，是非常可疑的；但是，无論如何，縱使可以假定过去确实曾經一度有着許多專門为法官們所知道的民事和刑事規則，但它在不久以后即已不再成为不成文法了。在"威斯敏斯特法院"(Courts at Westminster Hall)开始根据档案，不論是根据年鑑或是其他資料作出判决时，他們所执行的法律已是成文法。到这个时候英国法律中任何一条規則，必須首先从印成的許多判决先例所記录的事实中清理出来，然后再由特定法官根据其不同的風格、精确度以及知識而表現于不同的文字形式中，最后再把它运用于审判的案件。在这过程中，沒有一个阶段显示出有任何特点，使它和成文法有什么不同之处。英国法律是成文的判例法，它和法典法的唯一不同之处，只在于它是用不同的方法写成的。

离开"習慣法"时代，我們再来談談法律学史上另一明确划分的时代，也就是"法典"时代，在那些古代法典中，罗馬的"十二銅表

法”是最著名的范例。在希腊、在意大利、在西亞的希腊化海岸上，这些法典几乎到处都在同一个时期出現，这所謂同一个时期，我的意思当然并不是指在时間上的同一个时期，而是說在每一个社会相对地进步到类似的情况下出現的。在我所提到的几个国家中，到处都把法律銘刻在石碑上，向人民公布，以代替一个單憑有特权的寡头統治阶級的記忆的慣例。在我所說的这种变化中，我們决不能設想当时已有了現代編纂法典时所必須有的各种精密考虑。毫无疑問，古代法典的所以会創造成功是由于文字的發現和傳佈。誠然，貴族們似乎曾經濫用其对于法律知識的独占；并且无論如何，他們对于法律的独占有力地阻碍了当时在西方世界开始逐漸普遍的那些平民运动获得成功。不过虽然民主情緒可能使这些法典更加深得人心，但是法典的产生当然主要还是由于文字發明的直接結果。銘刻的石碑被証明眞是一种比較好的法律保存者，并且是一种使其正确保存的更好保証，这比仅仅依靠着少数人的記忆要好得多，虽然这种記忆由于慣常运用的結果也是在不断地加强着的。

罗馬法典就是屬于上面所說的那一类法典，这类法典的价值不在于其分类比較勻称或用詞比較簡潔明了，而在于它們为众所周知，以及它們能使每个人知道应該做些什么和不应该做些什么的知識。罗馬“十二銅表法”中确实显示出有排列勻称的某种迹象；但根据傳說，这可能是由于当时这个法律的編纂者曾求助于希腊人，这些希腊人具有后期希腊在編纂法律工作上的經驗。从“梭倫的阿提喀法典”(Attic Code of Solon)所遺留下来的片断，可以看到它很少有秩序，而在“德里科”的法律(laws of Draco)中也許更少。这些东方的和西方的法典的遺迹，也都明显地証明不管它们的主要性質是如何的不同，它們中間都混杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的各种命令；而这是和我們从其他来源所知道的

古代思想完全一致的，至于把法律从道德中分离出来，把宗教从法律中分离出来，則非常明显是屬于智力發展的較后阶段的事。

但是，不論从現代的眼光看来这些“法典”的特点是什么，它們对于古代社会的重要性，是无法用言詞来形容的。問題——而这个問題影响着每一个社会的全部将来——并不在于究竟該不該有一个法典，因为大多数古代社会似乎迟早都会有法典的，并且如果不是由于封建制度造成了法律学史上重要的中断，則所有的現代法律很可能都将明显地追溯到这些淵源中的一个或一个以上上去。但是民族历史的轉折点，是要看在哪一个时期，在社会进步的哪一个阶段，他們应該把法律書写成为文字。在西方世界中每一个国家的平民成分都成功地击潰了寡头政治的壟断，几乎普遍地在“共和政治”史的初期就获得了一个法典。但是在东方，像我已在前面說过的，統治的貴族們逐漸傾向于变为宗教的而不是軍事的或政治的，并因此不但不失去反而获得了权力；同时，在有些事例中，亞細亞国家的地理构造促使各个社会比西方社会的面积更大，人口更多；根据公認的社会規律，一套特定制度傳佈的空間越广，它的韧性和活力也越大。不論由于何种原因，东方各国社会編制法典，相对地讲，要比西方国家迟得多，并且有很不相同的性質。亞細亞的宗教寡头，或者是为了他們自己参考，或者是为了帮助記忆，或者是为了教育生徒，都終于把他們的法律知識具体地編訂成为法典，但也許促使他們这样做的最难于拒絕的誘力，还在于这是一个可以增加和巩固他們影响的机会。他們完全壟断法律知識，这一点使它们能用彙編来欺騙世人，而彙編中所包括的确实已被遵守的規則，还不及祭司阶級認为应当被遵守的規則多。称为“摩奴”法律的印度法典，当然是婆罗門 (Brahmin) 所編輯的，无疑地包含了印度民族的許多眞正的慣例，但根据現代最好的东方学者的見解，整个講起来，它并不代表确实曾經在印度斯坦执行过的一套規

則。在它里面有一大部分只是在婆罗門的眼光中应該作为法律的一幅理想圖画。这是和人类的性質相适应的，也是和作者的特殊动机相一致的：即像"摩奴法典"这样的一些法典，应該假托为最古的，并且应認为完全从"神"得来的。按照印度的神話学，"摩奴"是至尊"上帝"的一种分出物；但是这个冠以他的名称的彙編，虽然其确切日期已不易查考，从印度法律学的相对进步来看，实在是一种近代的产品。

"十二銅表法"以及类似的法典賦予有关社会的好处，主要是保护这些社会使它們不受有特权的寡头政治的欺詐，使国家制度不致自發地腐化和败坏。"罗馬法典"只是把罗馬人的現存習慣表述于文字中。从罗馬人在文化进步中的相对地位来看，它是一非常早的法典，而它公佈的时間，正当罗馬社会还沒有从这样一种智力状态中脱身出来，也就是正当他們的智力状态还处在政治和宗教义务不可避免地混淆在一起的时候。一个野蛮社会实行的一套習慣，往往对其文化进步絕对有害或有某种特殊的危險。一个特定社会从其初生时代和在其原始状态就已經采用的一些慣例，一般是一些在大体上最能适合于促进其物質和道德福利的慣例；如果它們能保持其完整性，以至新的社会需要培养出新的慣行，則这个社会几乎可以肯定是向上發展的。但不幸的是，發展的規律始終威胁着要影响这些不成文的慣例。習慣是为羣众所遵守的，但他們当然未必能理解它們所以存在的眞正原因，因此，也就不可避免地要創造出迷信的理由以說明它們的永恆存在。于是就开始着这样一种过程，簡單地講，就是从合理的慣例产生出不合理的慣例。类比，这是法律学成熟时期中最有价値的工具，但在法律学的初生时代却是最危險的陷阱。禁令和命令在开始时由于正当理由原来只限于某一种性質的行为，后来就被适用于屬于同一类别的一切行为，因为一个人做了一樁要受到上帝譴責的行为，他在做任何稍

有些类似的行为时，就必然地要感到一种自然的恐惧。当一种食物由于衛生的理由被禁止，禁令就要适用于一切类似的食物，虽然类比在有的时候完全是建筑在想象的基础上的。同样的，为了保証一般清潔而作出的明智的規定，終于竟变成了教仪上净身的冗繁的手續。又如等級的划分是在社会史上特定紧急关头为保持民族生存所必需的，但逐漸退化而成为所有人类一切制度中最不幸的和最有損害的制度——“族籍制度”(Caste)。印度法的命运，在事实上，是衡量罗馬法典价値的尺度。人种学告訴我們，罗馬人与印度人来自同一个原始祖先，而在他們的原来習慣中，也确实有显著的类似之处，即使在現在，印度法律学还存留着考虑周到和判断正确的实体，只是不合理的摹仿已使它在实体上面附加着殘酷妄誕的巨大附着物。罗馬人由于得到了法典的保护，沒有受到这一类腐蝕。在它編纂的时期，慣例还是很健康的，如果推迟到一百年以后，或許就太迟了。印度法的大部分是具体規定于文字中的，但是，在“梵文”中到現在仍旧保存着的撮要虽然在一种意义上是很古的，但在它們中間有充分証据，証明它們的編制是在錯誤造成之后。当然，我們不能就因此而有权利說，如果“十二銅表法”沒有公佈，罗馬人的文明将像印度文明那样地无力和恶化，但至少这是可以断定的，他們有了法典，才避免了那样不幸的遭遇。

第二章 法律拟制

当原始法律一經制成"法典"，所謂法律自發的發展，便告中止。自此以后，对它起着影响的，如果确有影响的話，便都是有意的和来自外界的。。我們不能設想，任何民族或部族的習慣，从一个族長把它們宣告以后一直到把它們用文字公佈为止在这一个長久的——在有些情况下，非常悠久的——期間內，会一无变更。如果認为在这个期間以內的任何变更都不是有意地进行的，也是不妥当的。但就我們对于这个时期內法律进步所掌握的一些知識来說，我們确有理由假定，在造成变化中，故意只占着極小的部分。远古慣例中曾經發生过一些改革，但促使这些改革發生的情感作用和思想方式，却不是我們在現在智慧状态下所能理解的。但是，有了"法典"就开始了一个新紀元。在这时期以后，当我們追溯一下法律变更的經过时，我們就能發現这些变更都是出于一种要求改进的、有意識的願望，或者无論如何，是出于一种具有一定目的的有意識的願望，这同原始时代所企求的完全不同。

初看起来，我們从法典产生以后的法律制度史中，似乎很难引伸出来足以深信不疑的各种一般命題。涉及的領域是太广泛了。我們很难肯定，在我們的观察中是否已包括了足够数量的現象，或者我們对于所观察的現象，是否已有了正确的理解。但如果我們注意到，在法典时代开始后，靜止的社会和进步的社会之間的区分已开始暴露出来的事实，我們的工作就比較容易进行。我們所关心的只是进步的社会，而这类社会显然是極端少数的。虽然有着充分的証据，但是对于一个西欧的公民，还是非常难于使他完全領会这样一个眞理，即环繞在他周圍的文明，在整个世界史中，实在

是一个罕有的例外。如果把各个进步民族同人类生活总体的关系鮮明地放在我們的前面，則我們中間共有的思想感情，我們所有的一切希望、恐惧和理想必将受到重大的影响。这是无可爭辯的，几乎絕大部分的人类，在其民事制度因被納入某种永久紀录中而第一次使其具有外表上的完善性时，就絕少有表示要再加以改进的願望。一套慣例有时被另外一套慣例强暴地推翻和代替了；到处，标榜着来自超自然淵源的一个原始法典，往往由于僧侶注釋者的牵强附会而被大大地扩大了，并被歪曲成为最可惊人的形式；但是，除了世界上極小部分外，从沒有發生过一个法律制度的逐漸改良。世界有物質文明，但不是文明發展法律，而是法律限制着文明。研究現在处在原始状态下的各民族，使我們得到了某些社会所以停止發展的綫索。我們可以看到，婆罗門教的印度还沒有超过所有人类各民族历史都發生过的阶段，就是法律的統治尙未从宗敎的統治中区分出来的那个阶段。在这类社会中的成員，認为違犯了一条宗敎命令应該用普通刑罰来处罰，而違背了一个民事义务則要使过失者受到神的懲戒。在中国，这一点是过去了，但进步又似乎就到此为止了，因为在它的民事法律中，同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念。静止的和进步的社会之間的差别，是还須繼續加以探究的大秘密之一。在对于它的局部的解釋中，我敢把上章之末所提出的意見，提供考虑。我也許必須进一度說明，如果不明白地理解到，在人类民族中，静止状态是常規，而进步恰恰是例外，这样研究就很少可能有結果。成功的另一个不可或缺的条件，是对于罗馬法的所有各主要阶段，都要有精确的知識。罗馬法律学中，有着任何一套人类制度中最長久著名的历史。它所經历的一切变化的性質，已經在大体上得到很好的肯定。从它的开始到它的結束，它是逐步地改变得更好，或向着修改者所認为更好的方向發展，而且改进是在各个时期中不断地进行着的，在这

些时期中，所有其余的人类的思想和行动，在实質上都已經放慢了脚步，并且不止一次地陷于完全停滞不前的状态。

我将把我的叙述局限于进步社会中所發生的情况。关于这些社会，可以这样說，社会的需要和社会的意見常常是或多或少走在"法律"的前面的。我們可能非常接近地达到它們之間缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的；而我們所談到的社会是进步的，人民幸福的或大或小，完全决定于缺口縮小的快慢程度。

关于使"法律"和社会相协調的媒介，有一个有些价值的一般命題可以提出。据我看来，这些手段有三，即"法律拟制"、"衡平"和"立法"。它們的历史順序就像我在上面所排列的，有时，其中两个在同时进行，也有些法律制度沒有受到它們中的这一个或另一个的影响。但我从沒有看到过一个例子，它們出現的順序会是不同的或顚倒过来的。"衡平"的早期历史，一般講起来，都是比較模糊的，因此，有人以为某些改进民法的單独条例，就早于任何衡平的审判权。我的意見是，不論任何地方，补救的"衡平"必早于补救的立法；但是，倘使事实上并不严格地是这样，那就只須把关于它們先后順序的命題局限于那些时期，即，它們在改变原始法律中發生持續和实質影响的时期內。

我在应用"拟制"这个字时，其含意比英国法学家習用的意义要广泛一些，比罗馬的"拟制"（fictiones）則要广泛得多。"拟制"（fictio）在旧罗馬法中，恰当地講，是一个辯訴的名詞，表示原告一方的虛伪証言是不准被告反駁的；例如原告实际上是一个外国人而提出他是一个罗馬公民的証言是。这种"拟制"的目的，当然是为了給予审判权，因此，他們与英国后座法院和理財法院命令状中的主張非常类似，这些法院就是通过这些主張来剝夺普通訴訟的审判权的；——主張被告已为国王执行官所拘留，或是主張

原告为国王的債务人，并以被告的拖欠为理由而不能淸偿債务。但我現在应用"法律拟制"这一个用語，是要用以表示掩盖、或目的在掩盖一条法律規定已經發生变化这事实的任何假定，其时法律的文字并沒有被改变，但其运用則已經發生了变化。因此，这个用語包括了上面我从英国法和罗馬法中所引証的拟制的实例，但是它們所包括的范圍还要广泛得多，因为我認为英国的"判例法"和罗馬的"法律解答"(Responsa Prudentium) 都是以拟制为其基础的。这两方面的例子立刻就要加以研究。事实是，在这两种情况下，法律都已經完全被变更了；而拟制是它仍旧和改变以前一样。为什么各种不同形式的拟制特别适合于社会的新生时代，这是不难理解的。它們能滿足并不十分缺乏的改进的願望，而同时又可以不触犯当时始終存在的、对于变更的迷信般的嫌恶。在社会进步到了一定阶段时，它們是克服法律严格性最有价值的权宜办法。眞的，如果沒有其中之一，即"收养的拟制"，准許人为地产生血緣关系，就很难理解社会怎样能脫出其襁褓而开始其向文明前进的第一步。因此，我們不应該受着边沁的影响，他一遇到法律拟制就要加以嘲笑謾駡。他認为拟制只是詐欺，这适足以說明对于它們在法律發展史中所担任的特殊任务，愚昧无知。但同时有些理論家看到了拟制的用处，即据而認为它們应該在我們制度中固定下来，如果我們同意他們的見解，也同样的是愚蠢的。它們有它們的时代，但是它們的时代早已过去了。我們現在已不值得要去用像法律拟制这样一种粗糙的方式以求达到一个公認为有益的目的。我不能承認任何变例都是合法的，如果它只有使法律更难解，或者是更难按照和諧的順序排列起来，因为，法律拟制是均称分类的最大障碍。法律制度仍旧保持原样，原封不动，但它已只成为一个軀壳。它已經早被破坏了，而藏在其外衣里面的則是新的規定。于是，困难就立刻發生了，我們将很难断定，实际上可以适用的規

定究竟应該归类于其眞正的还是归类于其表面的地位，同时，禀性不同的人在不同的部門中进行选擇时，也将得到不同的結果。如果英国法眞要得到有秩序的分門別类，那就必須剪除这些法律拟制，虽然最近在立法上有所改进，但在英国法律中，拟制仍旧是很多的。

法律用以适应社会需要的其次一个手段，我称之为“衡平”(Equity)。这个名詞的含义，是指同原有民法同时存在的某一些規定，它們建筑在各別原則的基础上，并且由于这些原則所固有的一种无上神聖性，它們竟然可以代替民法。不論是罗馬的“裁判官”或是英国的大法官的“衡平”，同出現比較早的“拟制”都有不同，其不同之点在于它能公开地、明白地干涉法律。另一方面，它又和“立法”不同，这是發生在它之后的另外一种法律改进的媒介，其不同之点在于它的权力基础并不建筑在任何外界的人或团体的特权上面，甚至也不建筑在宣佈它的官吏的特权上面，而是建筑在它原則的特殊性上面，这些原則，据說是一切法律应該加以遵循的。这种認为有一套原則比普通法律具有更高的神聖性并且可以不經任何外界团体的同意而主張單独适用的概念，要比法律拟制最初出現时屬于进步得多的一个思想阶段。

最后一个改进的手段是“立法”(Legislation)，就是由一个立法机关制定的法規。这种立法机关，不論它的形式是一个專制君主或是一个議会，总之是一个为社会所公認的机关。它和“法律拟制”不同，正像“衡平”和“法律拟制”不同一样。它和“衡平”也有不同，因为它的权威来自一个外界团体或人。它所以有强制力，与其原則无关。不論社会輿論对立法机关加以任何現实的約束，在理論上，它有权把它所認为适宜的义务加在社会的成員身上。沒有誰能够限制它任意制定法律。如果衡平的名詞可以用作是或非的标准，而立法机关所制定的法規恰巧是根据了这些标准而調整

的，则立法可以說是根据了衡平而制定的；但即使是这样，这些法規所以能有拘束力，仍旧是由于立法机关本身的权力，并不是由于立法机关制定法律所根据的原則的权力。因此，它們在專門术語的意义上与“衡平法”不同，后者标榜着有一种高度的神聖性，这使它們即使沒有經过君主或議会同意，也应該为法院立即承認。这些差別特別重要，因为一个边沁的学生很容易把“拟制”、“衡平”和“制定法”混淆起来，把它們統統归屬于立法的一个項目下。他会說，它們都包括制定法律；它們之所以不同，只是在新法律产生的机构。这个說法是完全正确的，我們永远不应該忘記；但这并不使我們有理由不去利用这样一个便利的名詞，表达出立法的特殊意义。“立法”与“衡平”在一般人的心目中和在大多数法律家的心目中，是分开的；我們决不能忽略它們之間的区分，縱使是習慣上的区分，因为这个区分有着重要的实际后果。

法律拟制的例子，几乎可以很容易地在任何正常發展的法律規定中找到，因为它們的眞正性質立刻可以为現代观察者所發覚。在我即将进而研究的两个例子中，其所用权宜的性質不是很容易立刻就發現的。这些拟制的第一批作者，其目的也許并不在改革，当然更不希望被人怀疑是在改革。此外，有一些人，并且是始終有着这样一些人，拒絕看到在發展过程中的任何拟制，而習慣言語証实了他們的拒絕。因此，沒有其他的例子能够被更好地用来說明法律拟制的分佈广泛，以及它們在完成其双重任务，即一方面改变一个法律制度，而另一方面又掩盖这种改变时所有的效率。

我們在英国慣常看到有一种机构，在扩大、变更和改进法律。但在理論上这种机构原是不能改变現存法律一絲一毫的。这种用以完成实际立法工作的过程，并非是不可感知的，只是不被承認而已。关于包括在判例中和記录在法律报告中的我們大部分

的法律制度，我們習慣于用一种双重言語，并往往持有一种双重的互不一致的两套观念。当有一些事实被提出于英国法院請求审判时，在法官与辯护人之間进行討論的全部进程中，决不会、也决不可能提出要在旧的原則之外应用其他任何原則，或者除早已允許的差別外应用任何差別的問題。被絕对地認为当然的，是在某些地方，必然会有这样一条法律能够包括現在訴諸法律以求解决的事实，如果不能發現这样一条法律，那只是由于缺乏必要的耐性、知識或智力把它發現而已。但是一当判决被宣告并列入紀录以后，我們就不自覺地、不公开地滑入到一种新的言語和一串新的思想中。到这时，我們不得不承認新的判决已经改变了法律。如果我們用有时被应用的一个非常不正确的說法，那就是可以适用的規定已經成为比較有彈性的了。事实上，它們已经发生变化。在已有的先例中，現在已显然地多了一条，比較各个先例而得出的法律准則，必将和仅仅从一个例子所能得到的法律准則完全不同。旧的規定已經被廢除，而一个新的規定已被用来代替它，但这个事实往往不容易覺察，因为我們不習慣于把我們从先例中引伸出来的法律公式用正确的文字表現出来，因此，它們性質的改变，除非是剧烈而明显的以外，就不很容易被發覺了。我現在不打算停下来詳細討論使英国法学家同意这些古怪变例的原因。情况可能是这样的，即原来可能有一条公認的学說，認为在某些地方，在太虛幻境中 (in nubibus) 或者在官吏的胸怀中 (in gremio magistratuum)，有着一套完全的、有条理的、匀称的英国法律，其內容广泛，足以提供各种原則以适用于任何可以想象到的一組情况。这个理论在当初比在現在更为人們深信不疑，并且这也許眞正有很好的根据。十三世紀的法官們也許的确掌握着一些为律师和一般人民所不知道的法律宝藏，因为我們有理由怀疑他們秘密地从罗馬法和“寺院法”的流行綱要中任意地但不一定是始終聰明地套用着一些东

西。但是当韋斯敏斯德法院所判决的問題逐漸增加，足以組成一个独立存在的法律制度基础时，这个倉庫就被封閉；而現在，几世紀以来，英国法律学者竟然提出了这样一个自相矛盾的命題，認为除"衡平法"和"制定法"以外，在英国法的基础上，从它第一次形成的时候起，就沒有什么东西加上去过。我們不承認我們的法庭从事于立法工作；我們暗示着，它們从来沒有做过立法工作；然而我們又主張，英国普通法的規定，在衡平法院和国会的帮助下，是可以同現代社会的复杂利益相适应的。

在罗馬有一种法律，具有非常类似我們判例法中我所說的那些特点的，称为"法律解答"，即"法学家的回答"。这些"解答"的形式，在罗馬法律学的各个时期中有極大的不同，但自始至終它們都是由对权威文件的注解組成的，而在最初，它們只是解釋"十二銅表法"的各种意見的專門性的彙編。同我們一样，在这些解答中所有的法律用語都从这样一个假設出發，即古代"法典"的原文应被保存不变。这就是明白的規定。它廢止了一切注解和評注，并且不論解釋者是如何的优秀，对于法典的任何解釋，在参照古老的原文时，沒有人敢公开承認，他所作的解釋不会發生修正。但在事实上，冠以重要法学專家（jurisconsults）名字的"法律解答彙編"(Books of Responses)，至少具有与我們报告案件同样的威权，并且不断地变更、扩大、限制或在实际上廢棄"十二銅表法"的規定。在新法律学逐步形成的过程中，它的作者們自認为非常專心地尊重着"法典"的原来文字。他們只是在解釋它，闡明它，引伸其全部含义；但其結果，通过把原文湊合在一起，通过把法律加以調整使适应于确实發生的事实状态以及通过推測其可能适用于或許要發生的其他事实状态，通过介紹他們从其他文件注釋中看到的解釋原則，他們引伸出来大量的多种多样的法律准則，为"十二銅表法"的編纂者所梦想不到的，并且在实际上是很难或者不能在

其中找到的。法学專家的全部論文都受到尊重，因为它們是被假定为完全符合“法典”的，但它們的相当高的权威是植基在把它們公諸于世的各个法学專家的声望上的。凡是举世公認为偉大的任何名字，必使一本“法律解答彙編”具有一种不小于立法机关制定法規所有的拘束力；而这样一本彙編的本身又成为更进一步的法律学所根据的新基础。但是，早期法学家的“解答”并不由原著者像現在那样印行的。它們由其学生加以記录和編輯，因此，多半都不是按照任何分类方法排列的。学生們在这些出版物中所处的地位，应加特别注意，因为他們对老师服务，一般都因老师对学生孜孜不倦的教育而得到补偿。被称为“法学教典”或“評釋”(Commentaries)的教育論文为当时承認的义务的一种后来果实，是罗馬制度中最显著的特色之一。至于法学專家們公諸于世的他們的分类法以及他們对于变更和改进專門术語的建議，显然不是在他們用以訓練法学家的解答中，而是在这些涉及原理的作品中。

在把罗馬的“法律解答”同英国法律中最相近的相应部分进行比較时，我們必須牢記着，說明罗馬这一部分法律学的权威者不是法院而是律师。罗馬法庭的判决虽然在特定案件中是終局的判决，但除了当时承审官吏在职位上極有威信者外，并无使它可以适用于其他案件的权力。更确当地講，在共和时期內罗馬并沒有和英国法院、日耳曼帝国审判院或法兰西君主国高等审判厅相类似的机构。罗馬有許多高級官吏在其各該部門中都握有重要的司法职能，但他們的官职任期只有一年，因此它們不能与一个永久的裁判所相比，只能作为在律师領袖中間迅速地流轉着的一个循环职位。对这种奇特状态的来源，可能有很多的說明，在我們看来是一种可惊的变例，但是事实上，它比我們自己的制度更能适合于古代社会精神，因为这种社会常常不断地分裂为許多各别的阶級，在它們之間虽然互不往来，但却都不願在他們上面有

一个职业的教阶組織存在。

值得注意的是，这种制度并沒有产生某种很可能会产生的結果。例如，它并沒有使罗馬法通俗化——它沒有像有些希臘共和国那样削弱知識分子精通这門科学所需要的努力，虽然并沒有人为的障碍阻碍其普及和作权威的解釋。相反的，如果不是由于其他許多原因在發生作用，那就非常可能，这种罗馬法律学就会成为瑣細、專門和难以解釋的东西，像从那时候起流行着的任何制度一样。其次，另外有一种可能更加自然地預期会發生的后果，却沒有在任何时期中表显出来。直到罗馬的共和政权被顚复时，法学專家还只是一个界限不十分明显并在数量上有很大消長的阶級；虽然，他們之中任何特定的个人，对于在他們面前提出的任何案件能發表終局的意見，則似乎从来就沒有發生过疑問。在拉丁文学中，有大量的关于著名法学專家日常活动的生动描写——从全国各地蜂拥而来的当事人在清晨到达他的接待室，他的学生环立在周圍，手里都拿着笔記簿，記录着这偉大法学家的回答——，但这样描写的著名人物在任何旣定时期內，很少或从来沒有超过一个或二个人的。同时正由于当事人和辯护人的直接接触，罗馬人民也就似乎經常注意着职业威信的升降。現在有充分的証据，特别是在西塞罗 (Cicero) 的著名演講“为墨罗那辯” (Pro Muræna) 中，証明羣众对于胜訴的重視往往不是不够而是过度的。

我們毫不怀疑，我們在罗馬法最早依靠了它而得以發展的这种手段中所發現的各种特点，就是使罗馬法独特卓越的淵源，也是使它很早就能有丰富原則的淵源。原則的成長和茂盛，部分地是法律註釋者之間的竞爭所造成的，而这种竞爭，在有法院的地方，即有国王或政府授以司法特权的受托人的地方，是不被人們所完全知道的。但是主要的媒介，无疑地还在于提請法律判决的各种案件的无限制地大量增加。有些事实状态虽会使一个乡村当事人眞誠

地感到不知所措，但这些事实状态对于形成法学專家"解答"或法律判决基础的价值，还不如一个有才智的学生所提出的各种假設情况。成千成百的事实，不論是眞的或是出于想象的，都被一律看待。对于一个法学專家，如果他的意見为审判其当事人案件的官吏暂时廢棄，他会毫不介意，除非这个官吏的法律知識或在事业上受到的尊敬都恰恰高过于他。当然，我的意思并不是說他会完全不考虑其当事人的利益，因为，这些当事人在較早时期就是大律师的选举人，到后来才成为他的付款人的，但是，一个法学事家走向成功之路要依靠他的公会的好評；显然，在我所描写的这样一个制度下，要达到这样一个結果，就必須把每一个案件作为一条重大原则的一个例証或是一条广泛規定的一个示范来考虑，而不能斤斤于个别案件的得失。另外一种更有力的影响，發生在对各种可能的問題任意提出或創造，不加任何明确的限制。資料既然可以任意增加，则發展成为一条总則的方便便也无限地增多。法律是在我們自己中間执行的，法官不能逾越展示于他或他的先輩之前的各种事实的范圍。因此，受到审判的每一种情况，借用一个法国成語，就被奉之为神聖。它具有与每一个其他眞正的或假設的案件不同的某种特点。但是在罗馬，像我已經在前面企圖說明的，沒有像"法院"或"审判院"这一类的机构；因此，也沒有一組事实会比其他事实具有更多的特殊价值。当有一种困难提交法学專家征求意見时，决沒有东西会阻止一个賦有很好类比力的人立即进而援引和考虑同它有些联系的全部假設問題。不論給予当事人的实际劝告是怎样，其由傾听着的学生在笔記簿上愼重保存起来的解答，无疑地会考虑到由一重大原則所能适用的、或为一条包罗无遺的規定所能包括的一切情况。在我們中間，这种情况是不可能的，并且应該承認，在对英国法提出的許多批評中，它提出时所用的方式似乎已經不存在了。我們的法院所以不願直截了当

地宜佈原則，很可能不是由于我們法官的禀性，而是由于我們的先例比較少，虽然我們的先例，在不知其他制度的人看来已是卷帙浩繁的了。就法律原則的財富而論，我們显然比有些現代欧洲国家貧乏得多。但必須記着，它們是以罗馬法律学为其民事制度的基础的。它們把罗馬法的碎石殘屑建筑在它們墙垣之中；但就其材料和工作技巧来看，則并沒有使它好过英国司法机关所造的建筑物。

罗馬共和时期是使罗馬法律学具有特别性質的一个时期；在其最初的一部分时間中，法律的發展主要依靠着法学專家的“解答”。但当它临到共和国衰敗的时候，在“解答”的形式上显示出它們已不可能再作进一步扩展的預兆。它們已經开始系統化，并且被提煉成为綱要。据說曾有一个名为繆子·沙沃拉 (Q. Mucius Scævola) 的“教長”(Pontifex) 公佈过一本包括全部“市民法”的手冊，在西塞罗的著作中，也显示出对于旧方法日益不滿的迹象，所謂旧方法是指与法律改革这个更活潑的手段比較而言的。到了这个时候，其他各种媒介也在事实上对法律开始發生影响。所謂“告令”(Edict) 或“裁判官”的年度佈告已被日益重視，并用作法律改革的主要手段，而哥尼流·西拉 (L. Cornelius Sylla) 把称为“哥尼流律”(Leges Corneliæ) 的大量条例經过立法而制定为法律，就显示出用直接立法的方法能达到如何迅速的改进。至于对“解答”的致命打击則来自奥古斯多 (Augustus)，他限制少数主要的法学專家对案件發表有拘束力的意見的权利，这个变化虽使我們能更接近于現代世界的观念，但显然根本地改变了法律职业的特点以及它对罗馬法影响的性質。在一个較后的时期中，另外一个学派的法学專家又产生了，这些都是各时代中法律学的巨大人物。但是阿尔比安 (Ulpian) 和保罗斯 (Paulus)、該雅士和巴平尼安 (Papinian) 都不是“解答”的作者。他們的作品都是論述法律特定部門尤其是“裁判官告令”的正式論文。

罗馬人的"衡平法"以及使衡平法成为其制度一部分的"裁判官告令"，将在下面的一章中加以研究。至于对"制定法"，須要說明的只是它在共和时期是很少的，但到了帝国时期则有大量增加。在一个国家还是青年和幼年的时代，絕少要求借助于立法机关的活动以求对私法作一般的改进的。人民所要求的不是变更法律，这些法律通常被估計得高过它們的眞正价值，人民的要求只在能很純潔地、完善地和容易地执行法律；一般是在要除去某种大积弊，或是要处理阶級与阶級之間和朝代与朝代之間某种无可調和的爭执时，才求助于立法机关。依罗馬人看来，在社会發生了一次重大民变后，必須制定一大批的条例，才得以安定社会秩序。西拉用"哥尼流律"来宣佈他的改造共和国；朱理亞·凱撒（Julius Cæsar）在"制定法"中作了大量增加；奧古斯多促使通过了最重要的"朱理亞律"（Leges Juliæ）；在以后的一些皇帝中，最积極于頒佈宪令的是像君士坦丁（Constantine）那些要想統治世界事务的君主。眞正的罗馬制定法时期要直到帝国建立以后方才开始。皇帝們的各种立法起初还伪装經过羣众同意，但在后来就毫不掩飾地利用皇权，从奧古斯多政权巩固后到"查斯丁尼安法典"（Code of Justinian）公佈，这种法規有大量的增加。可以看到，甚至在第二个皇帝的統治时期內，法律的条件和其执行的方式就已逐漸地接近于我們都熟悉的了。一个制定法和一个有限制的釋义局已产生了；一个永久的上訴法院和一个特許的評釋集将在不久之后产生了；这样，我們就被带到更接近于我們今日的观念了。

第三章 自然法与衡平

有些法律原則由于固有的优越性而有代替旧有法律的权利，这种理論很早就在罗馬国家和英国广泛流行。这一类原則存在于任何制度中，在以前各章中曾被称为“衡平”，像我們立刻就要談到的，这个名詞是罗馬法学專家用以称呼法律变化中这种媒介的名称之一(虽然是唯一的一个)。在英国，冠以“衡平”名称的衡平法院，其有关的法律学只能在另一論文中充分討論。它的組成是極端复杂的，它的資料来自几个不同的淵源。早期的教会大法官曾从“寺院法”中采取了許多原則，这些原則已深深地根植在其結构中。罗馬法中可以适用于世俗糾紛的規定远多于“寺院法”，因此罗馬法便常为下一代的衡平法官所借重，在他們的审判意見录中，我們常常發現列入了从“民法大全”(Corpus Juris Civilis)中采摘的整段原文，其中的名詞不加更动，虽然它們的来源是从来沒有注明的。在近代，尤其是在十八世紀中叶和其后半期中，尼德兰(Low Countries)的公法学家所創造的法律与道德的混合制度似乎曾經为英国法学家詳細研究过，从泰尔波爵士(Lord Talbot)大法官到厄尔頓爵士(Lord Eldon)就任大法官职位时为止，这些作品对衡平法院的裁定实有相当的影响。构成这个制度的各种要素虽然来自許多不同方面，但由于它必須与普通法近似，它的發展受到了很大的抑制，不过它始終能符合一个比較新的法律原則的要求，能因其固有的倫理优越性而有权廢棄国內旧有的法律。

罗馬的“衡平法”在結构上比較簡單，它从开始出現时起的全部發展过程是很容易查考的。它的性質和它的历史都有詳加研究的必要。它是对人类思想有着深远影响的、通过人类思想严重地

影响了人类命运的那几种概念的根源。

罗馬人認为他們的法律制度是由两个要素組成的。經查斯丁尼安皇帝欽定出版的"法学阶梯" (Institutional Treatises) 中說，"受法律和習慣統治的一切国家，部分是受其固有的特定法律支配，部分是受全人类共有的法律支配。一个民族所制定的法律，称为該民族的'民事法律'，但是，由自然理性指定給全人类的法律，則称为'国际法'，因为所有的国家都采用它。"所謂"由自然理性指定給全人类的"这一部分法律，就是被假定为由"裁判官告令"带入罗馬法律学中的原素。在有些地方，它被簡單地称为"自然法" (Jus Naturale)；它的規定据說是受命于自然衡平(naturalis æquitas) 和自然理性。我将設法發掘这些著名成語如"国际法"、"自然法"、"衡平法"的淵源，并进而决定它們所表示的概念在相互之間存在着什么关系。

有一些学者对于罗馬历史只有極膚淺的知識，当他看到許多外国人用各种名义在共和国境內出現，以及共和国的命运竟会受到非常程度的影响，一定有很深刻的印象。在較后时期，这种侨民入境的原因是很容易被理解的，因为我们很容易体会为什么各族人民都要成羣結队地到这世界霸主的国家来；在罗馬国家最早的紀录中，我們就發現有这种大量外国人和归化者移入的現象。毫无疑义，古代意大利大半是由强盜部落所組成的，社会的不安定使得人們集居在有力量来保护自己并可以不受外界攻击的任何社会領土內，縱使这种保护要以付重稅、以政治上权利的被剝夺、以忍受社会恥辱作为代价，也在所不惜。这个解釋也許是不完全的，要作一比较完全的解釋，还必須考虑到当时活跃的商业关系，这种关系虽然很少在共和国的軍事傳統中反映出来，但罗馬在史前时期是必然地和迦太基 (Carthage)以及和意大利內地存在着这种关系。不論情况究竟是怎样，共和国中的外国人实决定

着其历史的全部过程，在这个历史的各个阶段中，几乎完全是在說明一个頑强的民族与一个外来的人民之間的冲突。在現代世界中从来沒有發生过这种情况，一方面，因为現代欧洲社会很少或从来沒有受到过足以使土著公民感覚得到的大量的外国移民侵入，另一方面，因为現代国家的团結一起是依靠着对于一个国王或政治上强有力者的忠誠，因此这些国家可以用古代世界所沒有見到过的速度吸收着相当数量的入境移民，但在古代世界中，一个社会的本地公民常常自以为是由于血統而結合在一起的；他們反对外来人民主張平等权利，認为这是对于他們生来固有权利的一种篡夺。早期罗馬共和国在“宪令”中規定有絕对排斥外国人的原則，在“市民法”中也有同样规定。外国人或归化者在“国家”利益休戚相关的任何机构中，是不能参与的。他不能享受“公民法”(Quiritarian law)的利益。他不能成为耐克逊的当事人，这种契約在有一个时期是原始罗馬人的讓与証据同时也是契約。他不能用“提供誓金之訴”(Sacramental Action)起訴，这种涉讼的方式其淵源可以追溯到文明的萌芽时代。但是，不論是为了罗马的利益或是为了罗馬的安全，都不允許把外国人完全剝夺法律的保护。所有古代社会往往为了輕微的騷动就有被顚复的危險，所以單單出于自衛的本能，就足以迫使罗馬人要想出某种方法来安排外国人的权利和义务，否則他們也許会——而这是古代世界中一种眞正重要的危險——用武力斗爭来解决爭执。况且，在罗馬史中从来沒有一个时期完全忽略对外貿易。因此，对于当事人双方都是外国人或者一方是本国人一方是外国人的爭議，在最初所以有审判权，也許一半是作为一种警察手段，一半是为了要促进商业。由于这类审判权的存在，就有必要立即發見某种原則，以便据以解决提交审判的問題，而罗馬法律家为了达到这目的而采用的原則是卓越地反映着当时的特点的。像我在前面已經說过的，他們拒絕用純粹的罗馬

"市民法"来判决新的案件。他們拒絕采用外国訴訟人"本国"的特定法律，显然这是因为，如果这样做了，也許要造成法律的退化。他們最后采用的方法，是选擇罗馬同外来移民所出生的意大利各个不同社会中共有的法律規定。換言之，他們开始形成一种符合于"万民法"(Jus Gentium)的原始的和字面的意义的制度。所謂"万民法"，即"所有国家共有的法律"。事实上，"万民法"是古意大利各部落各种習慣共同要素的总和，因为这些部落是罗馬人有办法可以观察到的、并且是不断把移民一羣羣送到罗馬土地上来的所有国家。当有一种特別慣例被看到为大量的各别民族共同应用时，它即被紀录下来作为"所有国家共有的法律"或是"万民法"的一部分。像这样，在罗馬四周各个不同的国家中，对于財产的讓与虽然都必然地伴随着很不同的形式，但是准备要讓与的物品的实际移轉、交付或是送达乃是它們之中共有仪式的一部分。例如，这就是"曼企帕地荷"(Mancipation)或是罗馬所特有的讓与方式中的一部分，虽然是一个次要的部分。因此，交付既然很可能是被法学專家有机会观察到的各种讓与方式中的唯一共同要素，它就被訂作"万民法"中的一种制度，或是"所有国家共有法律"的一項規定。大量的其他慣例在經过仔細研究后，也得到同样的結果。它們都有一个共同目的，具有某些共同特点，这些特点就被归类在"万民法"中。因此，"万民法"是規則和原則的一个集合物，这些規則和原則經过观察后被决定是各个意大利部落間当时通行的各种制度所共有的。

上面所說的"万民法"的起源情况，也許足以消除这样一种誤解，即認为罗馬法学家似乎对"万民法"特别重視。"万民法"的产生，一部分是由于他們輕視所有的外国法律，一部分是由于他們不願以其本土的"市民法"(Jus Civile)的利益給予外国人。誠然，現在如果我們执行着罗馬法学專家当时所进行的工作，我們

对于"万民法"可能会采取一种完全不同的看法。我們对于这样辨别出来的作为大量不同慣例的基础而普遍存在的要素，必然会附着某种模糊的优越或佔先之感。我們对于这样普遍地适用的規則和原則，必然会有几分尊重。也許我們会認为，这种共同的要素是进行交易所必需的本質，而剩下来的在各个社会中不相同的仪式，則只能被認为是偶然的和非必要的。我們也可能会作出这样的推論，認为我們正在进行比較的各个民族，在过去可能曾經一度遵守过一种共同的偉大制度，而"万民法"就是这个制度的一个复制品，認为各个国家中錯綜复杂的慣例，只是过去曾經一度管理过他們的原始状态的比較簡單的法規的訛誤和殘余。但現代思想引导观察者达到的这些結論，与原始罗馬人本能地感到的結論几乎恰恰相反。我們所尊重或讚美的，正是他所不喜欢的或疑惧的。他所爱好的那部分法律学，正是現代理論家認为不必加以考虑的和暫时的；例如"曼企帕地荷"中的庄严手势；口头契約中巧妙地安排的問和答；辯护与訴訟中不胜枚举的手續程序。"万民法"只是由于政治需要而强使他注意的一种制度。他不爱"万民法"正像他不爱外国人一样，因为"万民法"是从这些外国人的制度中来的，并且是为了外国人的利益而制定的。在"万民法"能得到他的重視以前，必須在他思想中有一次徹底的革命，但当这个革命确实發生时，它真进行得非常的徹底，我們現在对于"万民法"的估計所以与剛才所說的完全不同，其眞正理由就在于現代法律学和現代哲学所持的观点都是繼承着后期法学專家就这問題所持的成熟見解的。过去确实有过这样一个时期，把这仅仅是"市民法"的一个卑賤附屬物的"万民法"認作为一切法律所应該尽可能依从的一个偉大的、虽然还沒有完全發展的模范。这个剧变的發生是正当希臘的"自然法"理論被适用于罗馬的"所有国家共有法律"的实踐中的时期。

所謂"自然法"(Jus Naturale)只是从一个特别理論的角度来

看的"万民法"或"国际法"。法学專家阿尔比安曾經以一个法学家所特有的辨别的癖好，企圖把它們加以区别，但結果沒有成功。根据有更高权威的該雅士的言論，以及前面从"法学教典"中所摘引的部分，使我們毫不怀疑，这些用語在实际上是可以通用的。它们之間的差别完全是历史的，在本質上，它們之間不可能有什么区别。"万民法"或"所有国家共有法律"与"国际法"之間的混淆不清，完全是現代的，这几乎是不必加以說明的。国际法的古典用語是"使节法"(Jus Feciale)或談判与外交的法律。但是毫无疑問，"万民法"的含义不明对于独立国家之間的关系应由自然法来管理这一个現代理論的产生曾起过很大的作用。

我們有必要研究一下希腊的自然和自然法律的两个概念。φύσις 这个字在拉丁文中是 natura，在英文中是 nature，它的含义毫无疑問原来是指物質宇宙，但这个物質宇宙是从完全另外一个角度来領会的，由于我們的智力与当时的智力有着距离，这一个角度，在現代語言中，就不很容易加以說明。自然指的是物質世界，是某种原始元素或規律的結果。最古的希腊哲学家習慣把宇宙結构解釋为某种單一原則的表現，这种原則，他們有不同的看法，認为是运动、是强力、是火、是湿气、是生殖。"自然"的最簡單和最古远的意义，正就是从作为一条原則表現的角度来看的物質宇宙。此后，后期希腊各学派回到了希腊最偉大知識分子当时迷失的道路上，他們在"自然"的概念中，在物質世界上加上了一个道德世界。他們把这个名詞的范圍加以扩展，使它不仅包括了有形的宇宙，并且包括了人类的思想、慣例和希望。这里，像以前一样，他們所理解的自然不仅仅是人类的社会的道德現象，而且是那些被認为可以分解为某种一般的和簡單的規律的現象。

犹如最古的希腊理論家所假定的机会的嘲弄使物質宇宙从其簡單的原始形式变成为現今的龐杂状态，他們的聪明的后裔幻想

着，倘若不是凑巧的意外人类很可能会使其自己生活于較簡單的行动規律和一种比較平靜的生活中。按照自然而生活，曾被認为是人类生存的目的，并且是最优秀的人必須要达到的目的。按照自然而生活，是解脫粗俗人民的混乱習慣和粗野放縱而达到較高級的行为規律，这些規律只有有志者通过克己和自制才能加以遵守。尽人皆知，这个命題——按照自然而生活——是著名的斯多葛派(Stoic) 哲学哲理的总和。在希腊被征服后，这种哲学在罗馬社会中立刻有了長足的發展。它对于有权势的阶級有着自然的魔力，这个阶級的人們至少在理論上还墨守着古代意大利民族的簡單習慣，不願意使自己屈从于新的外来的風俗習慣。他們于是立即开始爱好斯多葛派关于按照自然而生活的訓戒。当时由于对世界的掠夺，由于各地最奢侈民族的榜样，罗馬城中充滿了蕩佚荒淫，这种爱好，相比之下，益加可喜，我并且要說，益加可以尊貴。縱使我們不能从历史上来加以証实，但我們仍可以断定，出現于这新希腊学派門徒的前列的，一定是罗馬法学家。我們有大量証据，証明在罗馬共和国中，实質上只有两种职业，軍人一般地就是行动的一派，而法学家則普遍地站在反抗派的前列。

法学家同斯多葛派哲学家的联盟，延續到数世紀之久。在一系列的著名法学專家中，其最早的几个名人都同斯多葛学派有联系，最后，一般公認罗馬法律学的黃金时代是在安托宁·凱撒 (Antonine Cæsars)的时代，而他們就是从这派哲学中取得一种生活規則的最著名的門徒。这些学理在一些从事特殊职业的人中間長期广泛傳播，必然要影响他們所执行的和掌握的艺术。在罗馬法学專家的遺著中，有些論点簡直不能理解，除非我們掌握了斯多葛派的哲理把它用作一把鑰匙；但同时，如果我們只計算那些肯定归屬于斯多葛派教条的法律条文的数目来衡量斯多葛学派对于罗馬法所發生的影响，这将是一个严重的、虽然是很普通的錯誤。一般人以

为，斯多葛学派的力量并不在其規定的行为准則中，因为这些准則常是可厭和可笑的，而是在于偉大的(虽然是模糊的)教人抑制情慾的一些原則中。同样地，最明显地表現于斯多葛哲学上的希腊理論对法律学上的影响，并不在于它們提供給罗馬法的特殊論点的数量，而在于它們給予它的單一的基本假設。自从自然一語已成为罗馬人口头上一个家喻戶曉的名詞以后，这样一种信念便逐漸在罗馬法学家中間流行着，即旧的"万民法"实际是已經失去的"自然"法典，至于"裁判官"根据"万民法"原則而創制的"告令"法律学，則正在逐漸恢复法律因为背离了它而退化的一种范式。从这信念出發，我們立即得到了这样一个推断，即"裁判官"有責任尽量以"告令"来代替"市民法"，尽可能把"自然"用以管理处于原始状态中的人們的各种制度恢复过来。当然，用这个媒介来改良法律，还存在着許多障碍。甚至在法律界本身，可能还要克服各种偏見，而罗馬人的習慣也是非常固执，不肯很快屈服于單純的哲学理論。"告令"用以反抗某种專門的变例的間接方法，显示出作者的不得不非常謹愼注意，而且直到查斯丁尼安时代，还有部分的旧法固执地拒絕它的影响。但是，从整体来講，罗馬人在法律改进方面，当受到"自然法"的理論的刺激时，就發生了惊人迅速的进步。單純化和概括化的观念，是常常和"自然"这个概念联系着的；因此單純匀称和通曉易懂就被認为是一个好的法律制度的特点，过去对于复杂言語、繁褥仪式和不必要困难的好尙，便完全消除。罗馬法所以能具有現存形式，是依靠着查斯丁尼安的坚强意志以及不寻常的机会，但是制度的基本圖形，則在皇帝的改革实行以前很早就計划定当了。

旧"万民法"与"自然法"之間，其确切的接触之点是什么？我以为它們是通过原来意义的"衡平"(Æquitas)而接触和混合的；这里，我們似乎在法律学上第一次遇到"衡平"这个著名的名詞。在研究一个来源如此古远、历史如此悠久的用語上，如果可能，最妥

当的办法是深追最初隐藏这概念的簡單隐喻或比喻。一般认为Æquitas 就是希腊文 ἰσότης，即平均或按比例分配的原則。数或量的平均分配无疑地是和我們对公正的理解密切地交織在一起的；很少联想能象这样頑固地坚持在人們的心中，即使是最深刻的思想家也很难把它从脑海中加以清除。但在探求这种联想的来历时，我們当然还不能証明它是一种早期的思想，它只是比較后来的一种哲学的产物，同时也必須注意，希腊民主政治用以夸耀的法律“平等”——这种平等，在卡利斯屈拉得斯(Gallistratus)的美丽的酒歌中，据說是哈馬笛斯(Harmodius)和阿利斯托杰頓(Aristogiton)給予雅典人的——与罗馬人的“衡平”很少共同之处。前者表示在公民中間平等施行民事法律，縱使公民这一个阶級的人数是非常有限的；后者的含义是把民事法律以外的一种法律适用于不一定要由公民組成的一个阶級。前者不包括暴君；后者包括着外国人，在某种情况下，并且包括奴隶。总的講来，我傾向于从另外一个角度来探求罗馬“衡平”的胚种。拉丁文“æquus”比希腊文“ἴσος”更明确地带有平准的意思。平准的傾向正是“万民法”的特点，这种傾向是一个原始罗馬人最注意的。純粹的“公民法”承認在各阶級人类和各种类財产之間有大量的武断的区分；至于把許多不同習慣加以比較概括起来的“万民法”則不承認“公民法”的这些区分。例如，古罗馬法規定在“宗亲”(Agnatic)与“血亲”(Cognatic)关系之間具有一种根本的区别，前者是指基于共同服从于同一家父权的“家族”，后者是指(按照現代的观点)單單由于源自共同祖先的事实而結合起来的“家族”。这个区分在“各国共有法律”中不复存在，在財产的古代形式之間、即所謂“要式交易”物(Things“Mancipi”)与“非要式交易”物(Things“nec Mancipi”)之間的区别，也是如此。因此，据我看来，这种界限不清，就是以“衡平”表示的“万民法”的特色。当裁判官制度适用于涉及外国訴訟人的案

件时，常常發生有要求平准或排除不規則的必要，我猜想这个字在最初就是用来描述这种情况的。起始，在这个用語中可能没有任何倫理的色彩；也沒有任何理由可以相信它所指的訴訟程序就不是原始罗馬人心目中所極端嫌恶的訴訟程序，而是另一种訴訟程序。

在另一方面，罗馬人通过"衡平"这个名詞所理解的"万民法"的特点，正就是对假想中的自然状态的第一次和最鮮明地感覺到的特点。"自然"含有匀称秩序的意思，先是在物質世界中，而后是在道德世界中，而对秩序的最早的看法，无疑地含有直綫、平面和長短之意。人們不論是在想象假定中的自然状态的輪廓，也不論是在想象"各国共有法律"的确实行使情况时，都会不自覺地想到这种同样种类的圖画或数字，并且我們所知道的关于原始思想的知識，会使我們达到这样一个結論，即这种想象上的相似性很可能会促使我們相信这两种概念在实际上是一回事。可是，虽然"万民法"在罗馬在事前很少有或者沒有什么声望，但是当"自然法"的理論被介紹到罗馬时，带来了高度的哲学权威的威望，并且被認为是同罗馬民族較早和更幸福的情况有联系的。不难理解，观点的不同会如何地影响到这名詞的含义，它既描述了旧原则的运用，又描述了新理論的結果。即在現代的人看来，把一个过程描述为"平准"的过程，而同时把这个过程称为"变例的糾正"，也不能認为完全是一回事，虽然两者的含义确切地講来是一样的。我也并不怀疑，当"衡平"一經被理解为具有希腊理論的含义时，从希腊平均(ἰσότης)观念所發生的各种联想，便开始环繞在衡平的周圍。西塞罗的言論把它夸大了，而这就是衡平这个概念發生变質的第一个阶段，并为自从那个时候起的几乎每一个倫理制度或多或少推动着进行的。

这里必須說明一下，起初同"各国共有法律"發生联系、后来又同"自然法"联系的各种原則和差别，是通过了什么正式手段而逐漸結合到罗馬法律中去的。因塔昆士 (Tarquins) 的被放逐而在古

罗馬史上引起的危机中，發生了在許多古代国家早期史乘中相类似的一种变化，但这种变化同我們今天所称为革命的那些政治事件，很少共同之处。最妥当的說法，可以說是君主政体被轉变为委員政治。以往被集中在一个人手中的权力，現在被分配給了許多选任官吏，王位这个名称仍旧被保持着，放在后来被称为“献身王”(Rex Sacrorum 或 Rex Sacrificulus) 的一个人物身上。变化的一部分是把最高司法机关的固定职务移轉給了“裁判官”，他同时是共和国的首席官吏，跟着这些职务一併移轉的有法律的和立法的无限制的最高統治权，这是始終为古代主权者所掌握，并且是显然地同他們一度所享有的宗法的和英雄的权力有关系的。罗馬当时的情况，使这些被移轉的职能中这个比較不确定的部分特别显得重要，因为，随着共和国的建立，迫使国家不得不进行一系列反复的試驗，以求解决这样一个困难，使能很好处理这一部分人，他們在技术上不符合于土著罗馬人的标准，但却長期隶屬于罗馬审判权之內。在这类人之間或在这类人和土著公民之間所發生的爭执，如果“裁判官”不进行处理，则将永远处于罗馬法所能提供的救济的范圍之外。随着商业的扩展，在罗馬人民和眞正的外国人之間發生了更为严重的糾紛，不久也迫使他不得不加以处理。約在第一次布匿战爭 (Punic War) 时期，罗馬法院中这类案件的数量，大量增加，当时就任命了一个專任“裁判官”即后来被称为“外事裁判官”的 (Prætor Peregrinus) 来專門处理这些案件。同时，罗馬人为了預防暴政的复辟，使职責范圍有逐漸扩張趋势的每一个高級官吏在他就职之时，公布一个“告令”或布告，在这个“告令”或布告中，他把他負責部門的管理方式公布出来。“裁判官”采用了与其他高級官吏同样的規定；但每年規定一套原則制度，必然是不可能的，他只是照例把他前任的“告令”重新公布一次，并針对当前的迫切需要或根据他自己对于法律的見解，作一些增加或者变更。

这样每年由于新增部分的不断加長，"裁判官"告令就获得了"常續告令"(Edictum Perpetuum)的名称，意即連續的和不断的告令。它的无限長度，再加上了它结构必然地杂乱无章，引起了嫌恶，使一次次往上增加的習慣，到了薩尔維士·犹令安(Salvius Julianus)的年代就被終止了，犹令安是汉德林皇帝(Emperor Hadrian)朝代的一个高級官吏。这一个"裁判官"的告令便包括了全部的衡平法律学，可能被用了新的和均称的順序加以排列，于是，在罗馬法中，常續告令便常被称为"犹令安告令"(Edict of Julianus)。

一个研究"告令"这特殊机构的英国人，可能会發生的第一个問題，是"裁判官"的这些广泛权力，究竟有沒有限制的范圍？这样很少有明确界限的权威，如何与社会的和法律的稳定条件相适应？要求得一个答案，只有通过詳細研究我們自己施行英国法律的各种条件。必須記着"裁判官"本身是一个法学專家，或者是一个完全掌握在都是些法学專家的顧問手中的人，那就很可能，每一个罗馬法学家都焦急地在等待着有一天时間到来，他能充任或掌握这偉大的司法高級官职。在这期間內，他的嗜好、情感、偏見和教养程度不可避免地是属于他自己阶級的，而他最后带到他职位上的資格也必然是他在职业的实踐和研究中所获得的。每一个英国大法官所受到的正是完全同样的訓練，他所带到大法官席上的正是同样的資格。在他就任时就可以决定，到他离职前必将在某种程度上变更法律，但是直到他离去职位和直到他所作的一系列判决完全被記載于"法律記录"以前，我們不能發現他对于前輩所遺留下来的原則，究竟有了多少的闡明或增加。"裁判官"对罗馬法的影响，和我們所不同的，只在其結果被确定的期間。像前面已說过的，他的任期只有一年，而他在任期以內所作的判决，虽然对于訴訟人当然是不可推翻的，但此外就沒有别的价值。因此，他宣布想实行变革的最順利的时期即是在他就"裁判官"职位的时候；所以，

他在就职时公开地做的，正是其英国代表在最后不声不响和有时不自覺地做的。对于这种显然的自由所加的节制，也正和加于一个英国法官的完全一样。理論上，对于他們二者的权力，似乎都并没有任何限制，但是在事实上，罗馬“裁判官”和英国大法官一样，被其早期訓練浸潤的先入之見以及职业論点的有力抑制束縛在極其狹小的活动范圍之內，这些抑制的严格程度非身受者是不能体会的。应該附加說明的，那許可行动的范圍以及其不准踰越的范圍，都是非常清楚地被标明的。在英国，法官遵循着記录判决中各类事实而进行类比。在罗馬，由于“裁判官”的干預在最初仅仅是为了关心社会的安全，那就很可能，在最早的时候，干預的多少决定于它所必須解决的困难的程度。后来，当“解答”引起了大家对于原則的兴味时，他就无疑地利用“告令”作为一种手段，来广泛推行他和同时代的其他法学專家認之为法律基础的那些原則。最后，他竟完全处在希腊哲学理論的影响之下，这些理論立即推动他前进，并把他局限于一个特殊的發展过程中。

对于薩尔維士·犹令安所采取的措施的性質，有很多的爭論，无論如何，这些措施对于“告令”的影响是非常明显的。“告令”不再因每年有所增加而延長。在这以后，罗馬衡平法律学由于汉德林朝代到亞力山大·賽弗拉斯 (Alexander Severus) 朝代一系列偉大法律学專家的辛勤著作而得到發展。他們所建立起来的奇偉制度，在查斯丁尼安“法学彙纂” (Pandects of Justinian) 中还保存着一些片断，証明他們的著作采用了論文的形式討論了“罗馬法”的全部，但主要的是对“告令”加以解釋。眞的，在这个时代中，一个法学專家不論其处理的是什么，他总可以称为是“衡平法”的一个釋义者。在“告令”被停止应用的时代以前，“告令”的原則已經滲入了罗馬法律学的每一个部門。必須了解，罗馬的“衡平法”縱使在和“市民法”完全不同的时候，也始終是在同一个法院內执行的。

"裁判官"是普通法的大官吏，也是衡平法的首席法官，并且一到"告令"發展成为一种衡平規定时，"裁判官"法院立即开始适用它，以代替"市民法"的旧規定，或者与其同时适用，这样旧規定就不經过立法机关的立法行为而直接或間接地被廢棄了，其結果，当然只是法律与衡平完全不相融合而已，这种融合要直到查斯丁尼安改革时方才实現。法律学上这两个要素在技术上的分割，必然地造成了某种混乱和不便，而"市民法"中有些比較頑固的学理，則又是"告令"著者或釋义者都不敢加以干涉的。不过在同时，在法律学的領域內，几乎沒有一个角落沒有受到"衡平法"或多或少的影响。它供給了法学家他所用的一切概括材料、所用的解釋方法、他对原理的釋明，以及大量的限制規定，这些規定很少受到立法者的干預，但却严密地控制着每一个立法法案的应用。

法学家的时期同亚力山大·賽弗拉斯同时告終。从汉德林到这个皇帝时为止，法律在繼續不断地改进着，正如現在在大多数大陆国家中一样，一部分通过审定的解釋，一部分通过直接立法。但在亚力山大·賽弗拉斯在位的时期，"罗馬衡平法"的發展力量似乎已到了枯竭的时候，法学專家的延續也停止了下来。余下来的一部分罗馬法律史是君主立法史，最后，則是試圖把到这时为止已成为罗馬法律学的这个龐大軀体編成法典的历史时期。这样一种最后的和最著名的試驗就是查斯丁尼安的"民法大全"。

要把英国的和罗馬的衡平法詳細地加以比較或对照，是一件冗長可厭的事，但有必要提出它們所共有的两个特点。第一个特点是这样的。它們都傾向于、并且所有这类制度都是这样地傾向于和旧普通法第一次为衡平法所干涉时的那种状态完全一样的状态。这样一个时期是必然会到来的，就是原来采用的道德原則已經發揮出了所有的合法的結果，于是，建筑在这些道德原則上面的制度，就会像最严峻的法律法典那样地生硬、那样地沒有伸縮、

那样地不得不落后于道德的进步。在罗馬，这样一个时期正是亞力山大·赛弗拉斯在位的时期；在这以后，虽然整个罗馬世界正在經历着一次道德革命，但“罗馬衡平法”已停止扩展。英国法律史达到这同一阶段时，正是大法官厄尔頓爵士在职的时候，在我們的衡平法官中，他是第一个人不但不用間接立法的方法来扩大其法院的法律学，并且終其身致力于解释它和协調它。如果法律史的哲学会在英国被更好地理解，則厄尔頓爵士的貢献，将不会像同时代法学家对待它那样，一方面加以夸張而另一方面則不予重視。还有其他各种誤解，曾發生某种实际效果的，也許可能会得到避免。英国法学家很容易看出，“英国衡平法”是建筑在道德規則上的一种制度；但是却忘記了这些規則是过去几世紀的——而不是現在的——道德，忘記了这些規則已經几乎尽它們所能的受到了多方面的应用，并且忘記了它們虽然同我們今天的倫理信条当然并沒有很大的区别，但它們并不一定同我們今天的倫理信条处在同一个水平上。一般人对于这个主題所采用的各种理論并不完全，这造成了两种相反的誤解。許多研究“衡平法”的著者，看到了这个制度在今日的完整状态，竟然会明显地或暗示地自陷于这样一种矛盾的說法，即認为衡平法律学的始創人在奠定第一塊牆基时，就已經籌划着它今日的固定形式。而另外一些人則抱怨着——这是一种时常在法庭辯論中提到的不平——以为衡平法院所执行的道德規定已不完全合乎今日的倫理标准。他們希望每一个大法官对法律学所做的，能完全和英国衡平法的先輩們对旧普通法所做的一样。但这是和促使法律改进的媒介順序，恰恰相反的。衡平法自有它的地位和它的时期；但我在前面已經指出了，当衡平法的活力消耗完了时，另一个手段已經准备好来繼承它了。

英国和罗馬衡平法还有另一个显著的共同特点，即原来用以辯护衡平主張比法律規定优越的这个假定，是虛伪的。对于人們，

不論是个人或是集体，没有东西比把他們的道德进步認作一个实体的現实性，更可厌恶的了。这种厌恶情緒，就个人而言，表現在过分的尊敬，这种过分的尊敬通常是只用以对一致性的这个可疑的美德的。全社会集体意見的动向是非常明显，不应加以忽視的，并且一般是非常明显地为了求得进步不应加以诋毁的，但是社会上有一种巨大的阻力，不願接受它，把它作为一种原始現象来对待，而一般都只把它解釋为恢复一个失去的至善 (lost perfection)——逐漸回返到民族未墮落以前的状态。这种向后而不是向前去寻求道德进步目标的傾向，像我們已看到的，在古代就对罗馬法律学产生了最深远的影响。罗馬法学專家为了要說明“裁判官”对法律学所作的改进，从希腊借用了一个人类“自然”状态——一个“自然”社会——的学理，这种自然社会是出現于由現实法統治的社会組織之前的社会。另一方面在英国，則用一些特别适合于当时英国人口味的观念，来解釋“衡平法”主張的优于普通法，这些观念假定国王作为其宗主权的自然結果，是应該被推定为具有监督公正执行的一般权利的，过去有这样一种旧的学理，認为“衡平法”来自国王的良心——这种改进在实际上已經發生在被指为主权者在道德意义上的一个固有的提高的社会道德标准中了，这种見解是和前述的見解相同的，不过表現于一种不同的和一种更为离奇古怪的方式中而已。英国宪法的發展，使这种一条理論在过了一个时期以后，就不合口味；但是，衡平法院的审判权在当时旣然已經是坚定地确定了，那就沒有另設任何正式代替物的必要。在現代教科書中，关于“衡平法”的理論是多种多样的，但都是同样的不足取。其中絕大部分都只是把罗馬的自然法学理加以改头換面，尤其是那些著者，他們在开始討論衡平法院的审判权时就在自然公正和民事公正之間加以明白的区分，那眞是把罗馬自然法学理的要旨全部采納了。

第四章 自然法的現代史

从前面所說的，可以推断，改变罗馬法律学的理論决不能被認为有哲学上的正确性。这种理論事实上包括了“思想的混合方式”之一，这种所謂思想的混合方式現在被認为是人类思想初期的最高思想的特点，同时也是我們今天的智慧的努力所不难發現的。“自然法”把“过去”与“現在”混淆起来了。邏輯上，它意味着曾經一度由自然法支配的一种“自然”状态；但法学專家并不明白地或确信地说到过有这样一个状态存在，这种状态除了偶然在幻想黃金时代的诗歌中能發現外，的确也絕少为古人們所注意到。自然法从实际效果講，是屬于現代的产物，和現存制度交織在一起的东西，是一个有資格的观察家可以从現存制度中区分出来的东西。把“自然”的法規从同这些法規混淆在一起的各种粗陋成分中分离开来的鑑別方法，是一种單純和調和的感覚。但是这些經过提煉出来的原素所以能受到重視，却并不是由于它們的單純和調和，而是由于它們来自太古的“自然”統治。这种混淆并沒有为法学專家的現代学生們成功地解釋清楚，而对“自然法”提出的一些近代純理論中暴露出来的認識模糊、用語含混不清之处，实际上远比我們公正地責咎于罗馬法学家的还要来得厉害。有些研究这个主題的著者，認为“自然”法典存在于将来，是所有民事法律正在走向的目的，他們企圖用这种方法来避免基本的困难，但是这非但同旧理論所根据的假設完全相反，而且也許混杂了两种自相矛盾的理論。这种不問过去只向将来寻求完善典型的傾向，是由基督教带到这世界上来的，古代文学很少或者沒有暗示过这样一种信念，即認为社会进步必然地是从坏到好的。

但是，这个理論在哲学上虽然有其缺陷，我們却不能因此而忽視其对于人类的重要性。眞的，如果自然法沒有成为古代世界中一种普遍的信念，这就很难說思想的历史、因此也就是人类的历史，究竟会朝哪一个方向發展了。

法律以及由法律結合在一起的社会，在其幼稚时代，似乎很容易遭受两种特殊危險。其中之一是，法律可能發展得太快。在比較进步的希腊社会中，它們的法典就發生过这种情形，这些法典用惊人的速度从繁杂的程序形式和不必需的术語中解脫出来，并且不久以后就使各种严峻的規定和規則上不再依附着任何迷信色彩。它們这样做，其本意并不是为了人类的最終利益，虽然因此而使其公民获得的直接好处可能是相当大的。国民性中最罕見的特性之一，是这样的来应用和制定法律的能力，即一方面在达到抽象公正中忍受着不断地發生的錯誤，而在同时却不丧失法律可能符合于一个較高理想的希望或願望。希腊的思想家本其高貴的和順应的特性，沒有把自己局限在窄狹的法律公式中；我們对于雅典平民法院的工作情况掌握着正确的知識，如果我們用雅典平民法院来推測希腊的法院，則我們可以知道，在希腊法院中有着非常强有力的傾向把法律与事实混淆在一起。当时“演說家”(Orators)的遺著，以及亞里士多德(Aristotle)在“修辞学論”(Treatise on Rhetoric)中所保存的法庭語录，显示出当时对純粹的法律問題往往是用可能影响法官心理的各种理由来进行辯論的。通过这种方法，不可能产生持久的法律学制度。一个社会对于某些特殊案件，为了要得到一个理想的完美的判决，就毫不迟疑的把阻碍着完美判决的成文法律規定变通一下，如果这个社会确有任何司法原則可以傳諸后世，那它所能傳下来的司法原則只可能仅仅是包括着当时正在流行的是非观念。这种法律学就不能具有为后世比較进步的概念所能适合的骨架。充其量，它只是在带有缺点的文明之下成长起

来的一种哲学而已。

很少民族社会的法律学曾受到这种或則过早成熟或則时机未熟就已經瓦解的特殊危險的威胁。究竟罗马人有没有受到过它的严重威胁，当然还不能确定，但是无论如何，罗馬人在其"自然法"的理論中是有着适当的保护的。因为法学專家显明地把"自然法"想象为一种应該逐漸吸收各种民事法律的制度，但是在民事法律还沒有被廢棄以前，自然法却不能把它們取而代之。在国外自然法是沒有这种神圣不可侵犯的印象的，就是只要向它提出申訴就有可能使处理特定訴訟案件的法官的心理为之折服。这个概念的所以有其价值和作用，是因为它能使人在想象中出現一个完美法律的典型，它并且能够鼓舞起一种要无限地接近于它的希望，而在同时，对于还沒有适应于这个理論的那些現存法律义务，它又从不使法律实务者或市民加以否認。同样重要的，应該看到，这个模范制度同許多在以后时期曾嘲弄过人們的希望的制度不同，并不完全是幻想的产物。从来沒有人把它看作是建筑在完全沒有經过考驗的原則之上的。一般的看法，它是現存法律的基础，并且一定要通过現存法律才能找到它。它的职能，簡單地講，是补救性的，而不是革命性的或无政府状态的。这一点，不幸地，恰恰就是現代对于"自然法"的見解常常不再和古代見解相同的地方。

社会在幼年时代要招惹到的另外一种危險，曾阻碍了或停住了更大一部分人类的进步。原始法律的僵硬性，主要是由于它同宗教的早期联系和同一性而造成的，这种僵硬性曾把大多数人在生活和行为上的見解束縛住，使它們和人們的慣例第一次被固定为有系統形式时的見解一样。世界上只有一二个民族由于奇異的命运才能使它們免除了这种不幸，而从这些民族所出的支系曾丰富了少数现代社会，但是情况仍旧是这样：在大部分世界中，只有墨守着由原始立法者所設計的最初計划，法律才能达到其完美性。

如果在这类情形中，智慧确曾对法律發生过影响，那它能一致地以之自夸的，就是它能在古原文的基础上，求得种种机巧的牵强附会的結論，而在其文字性質上却毫无显著的背离。我找不出任何理由，为什么罗馬法律会优于印度法律，假使不是"自然法"的理論給了它一种与众不同的优秀典型。在这个稀有的事例中，这个由于其他原因而注定了对人类發生巨大影响的社会，把單純和匀称作为其心目中一个理想的和絕对的完美法律的特証。一个国家或者一个职业在其力求改进时，如果能有一个明显的要达到的目标，其重要性是不能忽視的。在过去三十年間，边沁之所以能在英国發生巨大影响，其秘密就是在于他能成功地把这样一个目的，向国人提出。他給我們一个明白的改良規則。前一世紀中的英国法学家是敏銳的，当然不致于会被这样一个似是而非的言論所蒙蔽，以为英国法律是人类完美的理想，但是由于缺乏任何其他原則可資依据，他們在行动上似乎就相信着这样一个說法。边沁提出社会幸福，把它作为优先于其他一切的首要目的，这样，就使一个長期以来正在寻找出路的洪流，得到了發洩。

如果我們把前面所描述的假定作为边沁主义的古代对称物，这不能說是完全出于妄想的一种比較。罗馬理論引导人們努力的方向，正和这个英国人計議的理論所导致的方向，完全相同；罗馬理論的实际結果、同主張坚决地追求社会一般幸福的改良法学派所可能达到的結果，不致于有很大的区别。但如果認为这个理論是边沁原則的有意識的豫期，則是一种錯誤。毫无疑义，在罗馬的普通文献和法律文献中，确有时以人类幸福作为补救立法的正当目的，但如果拿有关这个原則的証据，同不断地給予"自然法"籠盖一切的主張的頌揚相比，則前者是显著地少而无力的。罗馬法学專家所甘心悅服的，不是近似博爱的东西，而是它們的單純和調和之感——就是他們意味深長地称为"文雅"的东西。他們辛勤劳力

的結果，恰和一个更精确的哲学所企求的相一致，这正是人类好运的一部分。

回过头来看自然法的現代史，我們断然相信它的影响是广泛深入的，但这种影响的是好是坏，則就比較难以坚定地加以肯定。同它有关的各种学說和制度，是在我們时代中爭論最剧烈的一些資料。譬如說，“自然法”理論是一切特殊观念如法律、政治与社会的淵源，在过去一百年間通过法国而傳遍西方世界。法学家在法国史上所佔有的地位以及法律概念在法国思想中所占的領域，始終是非常巨大的。但現代欧洲的法律科学，其起源实在不是在法国，而是在意大利，在意大利各大学的使者在大陆各地創設的和企圖（虽然結果是徒劳的）在我島国創立的学校中，建立在法国的学校对这个国家的命运产生了最大的影响。当时的法国法学家立即同加佩皇族(house of Capet)的国王們結成了密切的联盟，而法兰西君主国之所以能从省邦和藩属的割据状态中成長起来，一方面固然是由于武力，同时也借助他們对帝王特权的主張以及他們对封建承繼規則的解釋。法国国王們同法律家之間的諒解，使国王們在对大封建主、貴族和教会的斗爭中取得巨大的利益，我們只要研究一下直到中世紀还在欧洲流行着的各种观念就能够体会到这一点。首先是对于概括的非常醉心以及对于一般命題的出奇的崇拜，因此，在法律的分野內，对于看上去似乎能包含和总括在各地区作为慣例实行的許多各别規則的每一条一般公式就都油然而产生一种虔敬之心。像这样一类的一般公式，对于熟習“民法大全”或“注釋集”的法律实务者說来，当然是不难尽量提供的。但是此外还有其他原因使法学家的权力有更大的增加。在我們所談到的时期中，对于成文法律究竟有怎样程度和怎样性質的权力，在观念上是普遍地模糊的。一般講来，独断的序言，兹規定(Ita scriptum est)，似乎即足以止息所有的異議。按照我們今日的心意，我

們对于所引証的公式，必將审愼地加以研究，查詢其来源，必要时并会否認它所屬的法律有代替当地習慣之权，但前輩法学家可能就不敢这样做，他們只是考究一下法律的規定是否可以适用，充其量，也只是从“法学彙纂”或“寺院法”中引一些相反的命題而已。对于各种法律爭論中这个最重要的方面人們看法的变化无定，必須牢記在心中，因为这不但可以帮助說明法学家对于帝王出过一臂之力，同时也可以使几个古怪的历史問題得以闡明。“伪教皇教令集”(Forged Decretals)著者的动机以及他的非常成功，也能因此而更加容易領会。再就一个关系較小的現象而論，它能够帮助我們、虽然只是部分地，了解布拉克頓的抄襲主义。这个生活在亨利三世(Henry Ⅲ)时代的英国著者，竟会把他的一篇全部形式和三分之一內容直接剽窃自“民法大全”的論文，作为純粹英国法的綱要，而向其同胞宣揚。他竟敢在正式禁止系統地研究罗馬法的一个国家內作这样的試驗，这在法学史上將始終成为一个最不可解之謎。但当我們了解到当时对于成文法律有拘束力的一般意見，不論其来源如何，則我們的惊異是仍旧可以略为減少的。

当法国的国王們在長期爭取最高統治权的斗爭中得到胜利的結束时，約相当于瓦罗亚·安古倫(Valois-Angoulême)王族繼承皇位的时候，法国法学家的地位是特殊的，并且延續到革命暴發为止。一方面，他們形成了国內最有教养的并且是最有势力的阶級。他們尽量利用他們在封建貴族以外的一个特殊阶級的地位，他們并且通过了一个組織把他們的职业分布到全法国来确保他們的影响，这个組織包括許多巨大的特許公司，具有广泛而明确的权力，以及更为广泛无限制的發言权。不論他們所担任的是辯护人，是法官，或是立法者，在其性質上他們都远超过全欧洲的同輩。他們的法律技巧，他們的能言善辯，他們的善于类比和調和，以及(如果以他們中最著名的人物来評定)他們对公正概念的热誠，正和他們

所賦有的各式各样的独特天才，同样是十分引人注意的。在这多样的天才中包括着由古乍斯（Cujas）到孟德斯鳩，由达該素（D'Aguesseau）到都漠兰（Dumoulin）的两个相反的極端之間的全部人物。但是在另一方面，他們必須执行的法律制度，则与他們所养成的習性完全不同。这个主要經由他們的努力而組成的法国，当时从一种畸形的和不协調的法律学受到的苦恼，远超过了其他的任何欧洲国家。一次巨大的分裂終于在这个国家發生，把它分为成文法区域（Pays du Droit Écrit）和習慣法区域（Pays du Droit Coutumier），前者承認成文的罗馬法为其法律学的基础，后者只在它能提供一般表現形式或是它能提供同当地慣例相一致的法律推理方法时，才加以采用。这样划分的区域，又被划分为不同的小区域。在習慣法区域中，就其習慣的性質来說、省与省之間不同，县与县之間、市与市之間又有不同。在成文法区域中，掩盖在罗馬法上面的封建規則，其層次組成亦非常复杂。英国从来沒有發生过这样的混乱情况。在德国，这种情况曾經存在，但因为和該国政治宗教間的深刻划分，在很大程度上是非常协調的，所以很少影响，甚至难以感覺到法国的独特之点在于当君主的中央政权正在不断加强，完全的行政統一工作正在迅速完成，以及在人民中間一种热烈的国家精神正在發展起来的时候，这种法律上非常参差的情况还是繼續着，絲毫不感到有什么改变。这种矛盾現象产生了許多严重的后果，其中，尤以它在法国法学家心神上所产生的效果，最为重要。他們在推理上的意見和他們在智力上的偏見，恰恰和他們的利益和职业習慣完全相反。他們旣深深地感覺到并完全認識到法律学上的完美是在于單純性和一致性，因此便以为或似乎以为那些确实感染着法国法律的缺点是难以革除的，因此，在实际上，他們常拒絕糾正这些缺点，其頑固程度即在比較不开明的同胞中也是不常有的。但当时有一种方法可以用来調和这些矛盾。他們变

成了"自然法"的热烈拥护者。"自然法"跳过了所有的省市界限；它不管一切区分，不論是貴族和市民之間的，市民和农民之間的；它給明白、單純和系統以極端崇高的地位；但是它并没有促使其拥护者进行任何特殊的改进，亦沒有直接威胁到任何可尊敬的或有利的專門性質。"自然法"可以說已成为法国的普通法，或者，无論如何，承認它的尊严和要求已成为所有法国法律实务者一致同意的一个哲理。革命前法学家的言論中，对"自然法"毫无保留地一致頌揚，而值得注意的是，那些專事誹謗純粹罗馬法的"習慣"論者，在談到"自然"及其規定时，往往甚至比自認为只尊重"法学彙纂"(Digest)及"法典"的民法学家，更为热烈。都漠兰是古"法兰西習慣法"所有权威学者中的最高权威，却有几篇非常透徹詳尽的有关"自然法"的論文，他的頌詞并且有一种特殊的風格，显然同罗馬法学專家的小心愼重有着距离。一个"自然法"的假說已成为不复是指导实际的一种理論，而是純理論信仰的一种信条；因此，我們将發現在它比較近来所經受的变化中，由于其拥护者的推崇，它的最弱部分也上升到了其最强部分的水平。

在"自然法"史达到最紧要的关头时，十八世紀已經过去了一半。如果对于自然法理論及其后果的討論繼續專屬于法律界，則它所受到的重視可能要有一些減少；因为到这个时候，"论法的精神"出版了。孟德斯鳩在这本書中，一方面相当夸張地显示出作者强烈地不願接受以前通常是不加詳細审查而予以容忍的各种假設，另一方面又相当模糊地表現出作者要与現存偏見相調和的願望，但是，这本書虽有其缺点，却仍按照着"历史方法"进行研究，在这种方法之前，"自然法"是从来沒有能瞬息維持其立足点的。它不但受到了大众的欢迎，并且在思想上也发生了巨大的影响；但是，在事实上它并沒有得到进一步深入的机会，因为似乎注定要被它所毁灭的反假說突然从法庭傳到了民間，并且成为远較法院或学校

中曾經激辯过的主題更能引起激烈爭执的主題。这个把它放在新地位的人，是一个非常的人，他沒有学識，很少美德，并且也沒有十分坚强的个性，但由于一种鮮明的想象力，以及他对于人类的眞誠的热爱（为了这，我們对他有許多地方应該原諒的），却使他成为历史上不可磨灭的人物。在我們自己的一代中，我們从来沒有看到过——的确，即在全世界整个历史过程中，也不会看到一次或二次以上的——这样一个文件，曾对人类的心灵、对知識分子的軀体和灵魂产生过像卢梭在 1749 年和 1762 年之間所产生的那样巨大的影响的。在由貝尔 (Bayle) 和部分地由我国的洛克 (Locke) 开始，最后却由伏尔泰 (Voltaire) 完成的純然是偶象破坏的努力以后，这是要重新建立人类信念的第一次尝試；并且除了每一个有建設性的努力常常必然优于單純的破坏性的努力以外，它还有着一个卓越之处，就是在一个几乎普遍的怀疑論的氛圍中間，提出了所有过去推理方面知識的健全性問題。在卢梭的一切理論中，其中心人物，不論是穿着英国服裝在一个社会契約上签名的或者是率直地把所有历史特性完全剝光的，都一律是在一种假設的自然状态中的“人”。每一种法律和制度，凡是不能适合于这些理想情况下的这种想象的人，都被加以非难，認为是从一种原始完美状态的墮落；对于每一种能使社会更接近于“自然”生物統治着的世界的社会变革，都認为是可以讚美的，并值得用任何明显的代价使其实現。这个理論仍旧是罗馬法学家的理論，因为在这个人类居住的“自然条件”(Natural Condition)的暗影中，除了对于法学專家具有非常魔力的單純和調和之外，竟沒有一个特色和特点为人們所注意到；但是这个理論好像是本末倒置过来了。現在所研究的主要問題，已不是“自然法律”，而是“自然状态” (State of nature)。罗馬人曾認为，如果对于現存的各种制度加以仔細观察，則在这些制度中必然可以挑选出有几个部分或者立即可以显示出来，或者必須

經过法律上的純净作用才可以显示出那种自然統治的痕迹，这种自然統治在罗馬人看起来，有可能是眞实的。至于卢梭的信念是：一个完美的社会秩序可以求之于單純的对自然状态的考慮，这一种社会秩序完全同世界的实际情况沒有关系，并且完全同世界的实际情况不同。这两种見解的分歧是巨大的，一种是痛責現在，因为它不像理想中的过去；而另外的一种，假定現在同过去一样的必要的，因此也就不輕視現在或譴責現在。我們沒有必要枉費时間，以詳細分析这建筑于一个自然状态基础上的政治、艺术、教育、倫理学和社会关系的哲学。这种哲学对于每一个国家中比較不精确的思想家还具有特別的吸引力，并且无疑地是妨碍着应用"历史研究方法"的几乎一切先入之見的、多少是不直接的根源，但它已为我們今日有識者所不信任到了这样的程度，竟使那些熟知純理論的錯誤具有非常活力的人們，为之惶惑不止。在今天最常提到的問題，也許并不是这些意見究竟有什么价値，而是：在一百年以前使它們有这样的盖过一切的优势，其原因究竟是什么。我認为回答是很簡單的。在上一世紀中，有一种研究最可能用来糾正凡是專門注意于古法律的人很容易陷入的誤解，这种研究便是宗教的研究。但希腊宗教如当时所理解的那样，都已被分散于許多想象的神話中。东方的各种宗教縱使确曾受到过注意，但这些宗教似乎都迷失于空虛的宇宙开辟論中。只有一种原始記录，値得加以研究——就是早期的犹太史。但当时的种种偏見阻止着我們利用它。卢梭学派同伏尔泰学派所共有的少数特征之一，是完全輕視一切宗教上的古代事物，特别是屬于希伯来民族的。众所周知，当时的理論家都不仅認为以摩西 (Moses) 为名的制度并非眞的出自神授，認为它們也不是象傳說那样在一个較后的时期被制定为法典的，他們認为这些制度以及全部的"摩西五經" (Pentateuch) 都只是一种毫无根据的伪造，是在从"幽囚" (Captivity) 中回来

以后完成的。这些思想家所以作出这样的假定，因为这与他們的荣誉有关。因此法国的哲学家們，旣被阻止取得这个反对純理論謬見的主要保証，就在他們热切于从他們認为是僧侶的迷信中逃避出来的时候，又輕率地把他們自己投入了法学家的迷信中去。

但是这个以自然状态的假設为基础的哲学，虽然因为它只被看到了其粗糙的和比較容易看到的一面，一般的評价不高，但这并不是說，当它在比較精巧的伪装中，就失掉了它可以讚美的地方、通俗的地方和它的力量。我相信，象我前面已說过的，它仍旧是“历史方法”的勁敌；并且（除了宗教上的反对以外）凡是拒絕或責难这种研究方式的人，一般都是由于有意或无意地受到了信賴社会或个人的非历史的即自然的状态的一种偏見或武断的影响的結果。不过“自然”学說及其法律观点之所以能保持其能力，主要是由于它們能和各种政治及社会傾向联結在一起，在这些傾向中，有一些是由它們促成的，有一些的确是它們所創造的，而絕大部分則是由它們提供了說明和形式。它們明显地大量滲入到不断由法国傳播到文明世界各地的各种观念中，这样就成为改变世界文明的一般思想体系的一部分。这些学理对民族命运所加的影响，其价值如何，当然是我們时代中最热烈爭辯的論点之一，对于这个方面，我們不准备在本文中加以討論。但是如果回顧一下自然状态理論在政治上达到非常高度的重要性的时期，則絕少人会否認：在第一次“法国革命”时期，曾經多次發生的重大失望都是由它有力地促成的。它产生了或强烈地刺激了当时几乎普遍存在的智力上的恶习，如对现实法的蔑視，对經驗的不耐煩，以及先天的优先于一切其他理性等。这种哲学紧紧地掌握住了那些比較思想得少、同时又不善于观察的人，它的發展趋势也就比例地成为明显的无政府状态。可惊異的是，杜蒙(Dumont)为边沁出版的“无政府的詭辯”(Sophismes Anarchiques)一書中具体地表現了边沁所暴露的显然

是来自法国的謬見，有很多是来自經过法国变化的罗馬假設，并且除非是参照了罗馬假設，这些詭辯是不容易理解的。在这一点上可以参考在革命的各个主要年代中間的劝戒者（Monteur）。时代越黑暗，則訴諸"自然法律和状态"便越加頻繁。在"国民議会"中这种情况比較少見；在"立法議会"时期則比較經常；在"宪法会議"中，在辯論着阴謀和战爭的紛爭声中，这种情况便永久存在着。

有一个例子非常明显地說明了自然法理论对現代社会的影响，并且表明这些影响是如何的深而且远。我以为人类根本平等的学理，毫无疑問是来自"自然法"的一种推定。"人类一律平等"是大量法律命題之一，它随着时代的进步已成为一个政治上的命題。罗馬安托宁时代的法学專家們提出："每一个人自然是平等的"（omnes homines naturâ æquales sunt），但在他們心目中，这是一个严格的法律公理。他們企圖主張，在假設的"自然法"之下，以及在現实法接近"自然法"的程度內，罗馬"市民法"所支持的各阶級人們之間的武断区分不应該在法律上存在。这个規定对罗馬法律实务者，是有相当的重要性的，因为这使他們必須記着，凡在罗馬法律学被推定为完全符合于"自然"法典的規定时，則罗馬法院在考虑公民与外国人之間、人民与奴隶之間、"宗亲"与"血亲"之間"的一切問題时，即不应該有所区别。凡是作这样主張的法学專家，当然决不会指摘使市民法不能达到其理論形式的社会安排，他們显然也不会相信世界眞会看到人类社会会同自然組織完全同化的。但当人类平等学說披上了現代服装而出現时，它显然已包藏着一种新的意义。罗馬法学專家用"是平等"（æquales sunt）的这些字眼，其所含意义眞和他所說的完全一样，而現代民法学家在写"人类一律平等"时，他的意思是"人类应該平等"。罗馬人以为自然法是和市民法同时存在的，并且是在逐漸吞併着市民法的，这种特殊看法显然已經被遺忘了，或已經成为不可理解的了。这些字

服在过去充其量只是表达了有关人类各种制度淵源、組織和其發展的一种理論，后来开始被用来表示人类長期遭受的大不公正之意。早在十四世紀初期，关于人类出生状态的流行說法虽然明显地想要和阿尔比安及其同时代人的說法相一致，但其形式和意义却已全然不同。路易·胡廷国王(King Louis Hutin)解放王家領地內农奴的著名命令中的前言，在罗馬人听来，将是非常陌生的，"既然按照自然法，每个人应該生而自由；由于自上古以来就已采用并一直到現在还在我国土上被保持着的某种慣例和習慣，并且可能由于人們前輩的罪行，在我們普通人民中就有許多人陷入了被奴役的地位，因此，我們等等"，这不是一条法律規定而是一个政治教条的宣言；从这个时候起，法国法学家們在談到人类平等时，正好象这是偶然被保留在他們的科学中的一个政治眞理似的。象来自"自然法"假設中的一切其他演繹一样，同时也象"自然法"这个信念的本身一样，它在直到被从法学家之手轉入到十八世紀文人們之手以及信服他們的公众之手以前，只是毫无生气地被同意着，而且它对意見和实踐，也都很少有影响。在这些文人之手中，它成为他們信条中最清楚的教理，并被認为是一切其他教理的一个总結。但是，它最后在1789年事件中所以得势，可能不完全是由于它在法国的声望。因为在这世紀的中叶，它已被傳播到了美国。当时的美国法学家，尤其是弗吉尼亜(Virginia) 的法学家，似乎已具有和英国同时代人不同的大量知識，其主要不同之点，是在他們的知識中包括了許多只可能来自欧洲大陆法律文献的知識。只要参考一下哲斐孙(Jefferson)的著作，就可以看到他是如何深受到法国当时时尚的半法律、半通俗的見解的影响；我們也毫不怀疑，正是由于他們对法国法学家这些特殊观念深表同情，在"独立宣言"(Declaration of Independence) 开头的几行中，这位指导着当时美国事务的哲斐孙和在这殖民地中的其他法学家，就把这独特的法国假設即"人

类生而平等”和英国人最熟悉的假設“人类生而自由”相結合在一起。这是放在我們当前的这个学理的历史中有極大重要性的一节文句。美国法学家这样突出地和这样着重地主張人类的根本平等，这在他們自己国家中，并且在較小的程度上，也在大不列顛，推动了一个政治运动，到現在还远沒有衰竭下来；但除此以外，他們正把他們所一度采用的敎条还給了法国本土，賦予了更巨大的能力，并且使它受到了一般人更大的欢迎和尊敬。甚至在第一次“国民議会”中比較小心謹愼的政治家，也重复着阿尔比安的命題，好象这个命題立即自荐于人类的本能和直覺似的；并且在所有“1789年的各种原則”中，这是唯一的曾受到最少的热烈的攻击，曾最徹底地影响現代意見并将最深刻地改变社会构成和国家政治的原則。

“自然法”所尽的最偉大的职能是产生了現代“国际法”和現代“战爭法”(Law of War)，虽然它的这一个部分效果是非常重要的，但在这里，由于它和本文关系不大，因此将略而不論。

在形成“国际法”基础的各种假定中間，或在形成“国际法”中到現在仍旧能保持其从原来建筑师那里所接受的形态的部分基本假定中間，有二三种特别显得重要的假定。其中第一个表現在这样的一个立論中，即認为有一种可以确定的“自然法”。格罗修斯及其后繼者直接从罗馬人那里得到这一个假設，但他們同罗馬法学專家之間以及在他們相互之間，对于确定的方式，在看法上有着巨大的分歧。在文艺复兴以后盛極一时的公法学家中，几乎每一个人都野心勃勃，提出了新的和更容易处理的有关“自然”及其法律的定义，并且无可爭辯，当这个概念經过一系列的“公法”学著者之手，在其周圍就积聚了一大堆的附加物，其中包括了都是从支配着各学派的每一种倫理学理論中得来的各种观念片断。虽然是这样，但仍有明显的証据証明这个概念主要是有历史性質的，因为从自然状态的各种必要特点中探求自然法典，虽然經过了种种努力，但

所获得的結果，正和人們把罗馬法学家的意見不加探究或修正而立即采用时所可能得到的結果，完全相同。如果把国际法中的协約和条約部分撇开不論，可以看到，在这制度中有相当惊人的一部分是由純粹罗馬法律所組成的。法学專家的每一种学理，只要經过他們确認为同"万民法"相协調时，公法学家就以种种理由来借用它，不論这个学理是如何明显地标誌着其罗馬淵源。我們也可以看到，这些派生的理論是带有其原来观念的弱点的。大多数公法学家的思想方法仍旧是"混合的"。在研究这些著者时，最大的困难始終是在弄清楚他們所討論的究竟是法律还是道德——他們所描写的国际关系状态究竟是現实的还是理想的——他們所說的究竟是事实，还是他們的意見認为应該是这样的。

作为"国际法"基础的其次一个假設是，"自然法"与国家相互之间(inter se)有拘束力。一系列主張或認可这原則的言論，得追溯到現代法律科学的極幼稚时代，并且初看起来，它好像是直接来自罗馬人学說的一个推理。人为的社会状态和自然状态不同，在前者之中有一个明显的制法者，在后者却沒有，因此，如果某一个單位不承認它們服从一个共同主权或政治領袖的时候，它們就好像恢复到了受命于"自然法"了。国家就是这类的單位；它們各自独立的这个假設，排斥了一个共同立法者的观念，并从这观念出發，按照某种思想方法进而得到了从屬于自然原始秩序的观念。另一种想法認为各独立的社会相互之間沒有任何法律把它們联系着，但这种无法律状态正就是法学專家們的"自然"所厭恶的眞空。如果一个罗馬法学家遇到有市民法被排斥不能适用的情况，他就立即会以"自然"法令来塡补这个空隙，这样一种想法，显然是有理由的。但我們不能就因此以为，在历史的任何时期中，都确实可以得出这样的結論，虽然这在我們的眼光中是非常明确和直接的。根据我的判断，罗馬法的遺作中沒有任何一节可以用来証明法

学專家确曾相信自然法在独立国家之間有任何拘束力；并且我們不得不看到，对于把君主領土看作和文明同境界的罗馬帝国公民們，如果确有各国平等隶屬"自然法"这样的想法，也至多只是古怪理論的一个極端結果。真相似乎是：現代的"国际法"虽然无疑是罗馬法的后裔，但只是由一种不規則的血統相联系着的。現代早期的罗馬法解釋者，誤解了"万民法"的意义，毫不犹豫地認为罗馬人傳給了他們一套調整国际事务的法律制度。在起初这个"国际法"成为有許多可怕的竞爭者与之相对抗的一种权威，而欧洲是長期处在这种情况下，阻碍着它被普遍接受。但是，逐漸地，西方世界安排了它自己，使其形式比較适合于民法学家的理論；情况的变更摧毁了所有敌对学理的势力；最后，在一个罕有地幸运的机会，阿雅拉（Ayala）和格罗修斯終于为它取得了欧洲的热誠同意；这种同意曾經在每一个不同的庄严条約中被一再重复申述着。它的胜利主要应归功于这些偉大人物，他們并且企圖把它放在一个完全新的基础上，这是毋庸贅述的；而且毫无疑問，在这轉移位置的过程中，他們改变了很多它的結构，虽然远沒有一般所想象的那么多。格罗修斯旣然从安托宁法学專家那里采用了这个論点，認为"万民法"和"自然法"是同一的，他和他的直接前輩及直接后繼者便使"自然法"具有一种权威，这种权威要不是在那个时候"国际法"的含义模糊不清，是也許永远不会为"自然法"要求的。他們毫无保留地主張"自然法"是各国的法典，于是就开始了这样一种过程，就是把假定是从單純考虑"自然"概念而求得的各种規定灌輸到国际制度中去，这个过程几乎一直延續到我們的时代。还有一种对于人类有着巨大实际重要性的后果，虽然在欧洲早期現代史中并非完全不知，但在直到格罗修斯学派的学理获得盛行之前，却从来沒有被明显地或普遍地承認过。如果各个国家的集体都受着"自然法"的統治，則組成这个集体的各个原子必須絕对平等。

人类在"自然"的王笏之下，是一律平等的，从而，如果国际間的状态是一种自然的状态，則各国也一定是平等的。独立的国家不論大小强弱不同，但在国际法的眼光中是一律平等的，这个命題对人类的幸福有巨大的貢献，虽然它在各个时代中繼續不断地为各种政治傾向所威胁着。如果"国际法"不是由文艺复兴后的公法学家們完全从"自然"的庄严主張中求得，那末这个学理可能永远不能获得一个稳固的立足点。

可是，总的講起来，象我在前面已經說过的，自从格罗修斯时代以来，在加于"国际法"上的各种附加物中，只有很小一部分是从罗馬"万民法"最古資料直接采取来的。土地的取得始終是引起国家野心的巨大的刺激物；而适用于这种取得的法律規定，以及消除因土地取得而造成的战爭的法律規定，都仅仅是从罗馬法中有关取得"万民法"財产的各种方式的部分中抄襲得来的。这許多取得的方式，象我在前面已經企圖說明的，都是由前輩法学專家从其所观察到的各种慣例中抽象出来的一些共同要素，这些慣例曾經流行于罗馬周圍各部落間；根据它們的来源，这些規定被归类在"各国共有的法律"中，再由于他們的單純性，后来的法学家便認为它們恰合于一个"自然法"的較近代的概念。它們就这样編进了現代的"国际法"，其結果是，国际制度中有关領土（dominion）、領土性質、領土范圍、取得和保衞領土方式的那些部分，便都是純粹的罗馬"財产法"——这就是說，罗馬"財产法"中的那些部分，曾为安托宁法学專家想象为和自然状态有某种一致性的。为了使"国际法"中这些章节能付諸实施，有必要使存在于主权者之間的相互关系，如同罗馬所有者各个成員之間存在的关系一样。这是建立"国际法典"所依据的各种假定中的另一个假定，而这也是在現代欧洲史开头几个世紀中不可能被同意的一个假定。这个假定可以被分解为这样一个双重命題，一方面"主权是領土的"，即它是始終和地球

表面上一定部分的所有权联系着，另一方面"主权者相互之間，应該被認为不是国家領土的最高所有人，而是絕对所有人"。

許多現代的"国际法"著者都默認：他們以各种衡平和常識原則为基础建立起的整套学理，都可以在現代文明的各个阶段中推論出来。但这个默認一方面掩盖着国际理論上所存在的某些眞正缺点，另一方面，就大部分的現代史而論，实在是完全不足取的。在国际事务中"万民法"的权威幷不是始終不受到反抗的；相反的，它不得不長时期地和几种相竞爭的制度不断斗爭着。同时，主权的領土性質也幷不是始終被承認着的，因为在罗馬統治解体以后，人們的心理是長时期地处在和这类概念不相协調的观念的支配之下。在"国际法"上这两个主要假定被普遍承認之前，一个旧的制度以及建筑在它上面的思想观念必然地要腐敗，一个新的欧洲，以及与之相适应的新的观念必然地要生長起来。

有一樁事值得注意，在我們通常称为現代史的大部分时期中，沒有接受过所謂領土主权这类概念。在过去，主权幷不是和对地球上一部分或再小部分的土地的控制联系在一起的。世界曾有这樣許多世紀長期处于罗馬帝国的庇护之下，以致忘記了包括在帝国中的广大空間在过去曾一度被划分成許多独立国家，它們都主張有权不受外来的干預，幷且标榜着国家权利应該一律平等。在蛮族入侵平靖后，关于主权当时流行着的观念，似乎具有双重意义。一方面它有着所謂"部落主权"的形式。法兰克人(Franks)，勃艮弟人(Burgundians)，汪达尔人(Vandals)，倫巴德人(Lombards)，以及西哥特人(Visigoths)，当然都是他們所占領着的土地的主人，其中有几种人幷以他們自己的名字作为土地的地理名称；但是他們幷不根据土地占有的事实而主張任何权利，幷且在实际上甚至对于占有的事实也幷不認为有任何特別重要性。他們似乎还保留着他們由森林中和草原上所帶来的傳統，按照他們自己的看法，

仍旧是一个宗法社会，一个游牧部落，只是暫时駐紮在能供給他們粮食的土地上而已。阿尔卑斯北高卢的一部分加上了日耳曼的一部分，現在已成为法兰克人在事实上占領的国家——就是法兰西；但克洛維（Clovis）的后裔即墨洛溫（Merovingian）王朝的首領們并不是法兰西的国王而是法兰克人的国王。另外一种有关主权的特殊观念，似乎是——这是重要的一点——普遍領土的观念。当一个君主失去了領袖与其部族之間的特殊关系，并为了个人的目的急切要取得一个新的主权形式时，他所能采用的唯一先例是罗馬皇帝們的霸术。胡乱摹仿一句諺語，他成了“不为凱撒，即为庸人”（aut Cæsar aut nullus）的人。或則他享有拜占廷皇帝（Byzantine Emperor）的全部特权，或則他完全沒有任何政治地位。在我們这个时代，当一个新的王朝希望廢去被黜免皇朝的名号时，它往往喜欢說它的称号来自人民而不是領土。这样，我們便有了一些法兰西皇帝和国王，还有一个比利时人的国王。在我們所談到的时期中，在类似的情况下，还出現了另外一种不同的观念。一个“首領”如果不想再自称为部落国王，必定会要求成为世界的皇帝。这样，当世襲的权臣們和实际上久已廢立的君主們相决裂时，他們立即不願自称为法兰克人的国王，这个称号是屬于被廢黜的墨洛溫的；但他們又不能自称为法兰西的国王，因为，虽然这类称号显然并不是不見經傳的，却也不是一个尊严的称号。因此，他們就进而矢志为世界帝国的統治者。他們的动机曾被大大地誤解。近代法国作家們曾認为，查理曼（Charlemagne）是远远超过他的同时代人的，不但在其意圖的性質上如此，即在他执行这些意圖所用的能力上也是如此。不論是否有人在任何时期都是超过他的同时代人的，但有一点必然是眞的，即查理曼在企求一个无限制的領土时，确是有力地采取了他当时的时代思想所准許他遵循的唯一的道路。关于他在智力上的卓越，当然是毫无疑問的，但这种卓

越不是由他的理論而是由他的行为証明的。

在見解上的这些特性，并不因为查理曼的遺产为其三个孙子所分割而有所变更。秃头查理 (Charles the Bald)、路易 (Lewis) 和罗退耳 (Lothair) 仍旧在理論上——如果用这个詞是适当的——是罗馬的皇帝。正犹如东罗馬帝国与西罗馬帝国的"凱撒"在法律上都是全世界的皇帝，而在事实上則只各自統治着其中的一半，这三个加洛溫朝的皇帝似乎都認为他們的权力是有限的，但是他們的称号是无限的。这同一的純理論的主权普遍性在肥頑查理 (Charles the Fat) 死亡，發生第二次分裂时仍繼續和王位联系着，并且，真的，在日耳曼帝国存續期間內，从来沒有完全和它分离过。領土主权——这种把主权与地球表面上一塊土地的占有联系起来的見解——明显地是封建制度的一个支流，虽然是一个迟緩的支流。这可能是先天的預期的，因为第一次把个人义务，結果也就是把个人权利和土地所有权联系起来的是封建制度。对于封建制度的淵源和其法律性質，不論正当見解应当是怎样，要鮮明地想象封建組織的最好方式，应从它的基础下始，先考虑佃农同設定和限制其劳务的小塊土地之間的关系——而后通过上層封建建筑的狹小范圍而一直上升以至接近于这制度的頂点。在黑暗时代的后期，这个頂点究竟在什么地方，是不容易決定的。可能，在部落主权的概念确实消失的地方，这个最高之点始終被指向着西罗馬帝国凱撒的假定承繼人。但是过了不久，当帝国权威的实际影响大大萎縮时，皇帝把他仅有的殘余权力集中于日耳曼和北意大利，所有在前加洛溫帝国四周的最高封建主發覺了在他們上面实际上已經沒有一个最高首領。逐漸地他們就習慣于这种新的形势，而已免除外来干涉的这个事实，終于把依附的理論隐灭掉；当然有許多征象表明，这个变化的完成并不是十分容易的；而且我們得毫无疑問地認为，由于这样一种印象，就是說，根据事物的

自然性質，必然地要在某些地方有一个最高的統治权，就产生了不断地把世俗上的无上权力归屬于罗馬教皇的傾向。法兰西加佩王朝的接位，标誌着思想革命中第一阶段的完成。这个环繞着巴黎四周有限領土的封建諸侯，由于大量的宗主权結合于本身这一个偶然事件而开始自称为法兰西国王，他成为了一种全然新的意义的国王，一个主权者，他对法兰西土地的关系和男爵对于封邑、佃农对于自由产的关系完全相同。这个先例不但是新奇的，同时也是有影响的。在法兰西的这种君治的形式，有力地促使其他地方向同一个方向变化。我盎格魯-撒克逊 (Anglo-Saxon) 王室的王位这时处于一个部落首領和領土最高統治权的中途。但是諾曼(Norman)王朝诸王最高权模仿着法兰西国王，明显地是一种領土主权。在以后建立的或巩固的每一个統治权，都根据了后一种模型而組成。西班牙、那不勒斯 (Naples) 以及在意大利自由市廢墟上建立起来的各个諸侯国家，都由領土主权的統治者統治着。从一个見解逐漸轉变到另一个見解的事例中，我認为最最离奇的莫如威尼斯人 (Venetians)。在其对外征伐开始时，这个共和国自視为和罗馬共和政治同一类型的国家，統治着許多的屬省。經过了一个世紀以后，你就可以發現它却希望成为一个集合的主权国家，对它在意大利和爱琴海 (Ægean) 所有的占有地拥有一个封建宗主国的权利。

关于主权这个主題的各种通俗观念在經历着显著变化的时期內，作为我們今日称为"国际法"的制度，在形式上是杂乱无章的，在原則上也是不符合它所祈求的目的的。在罗馬-日耳曼帝国內的一部分欧洲土地上，联邦国家之間的关系是由复杂的但还不完全的帝国宪法机构所約束着；并且这在我們看来也許是可惊異的，日耳曼法学家所爱好的观念仍旧是：联邦国之間的关系，不論在帝国之內或在帝国之外应該根据以凱撒为中心的純粹罗馬法律学的

規定而不应該根据"万民法"的規定。这个学理在边远的各国中沒有像我們早先所假定那样地被大胆抛棄;但是在实質上,在欧洲的其余的地方,封建的部屬已成为公法的一种代替品;当那些封建从屬犹疑不定曖昧不明时,至少在理論上,从"敎会"領袖的权威上面找到一种最高的支配力。虽然是这样,但可以断定,封建和敎会的势力在十五世紀甚至在十四世紀年代中就已开始迅速衰敗了;如果我們密切审視一下当时各次战事的借口以及公开的联盟动机,就可以看到,以后为阿雅拉和格罗修斯所調和和巩固的各种見解,正随着旧原則一步步地被代替而有着重要的进展,虽然这种进展是默默无声的,并且是很緩慢的。来自各个淵源的权威有沒有經熔合而最后成为一个国际关系的制度,以及这个制度究竟在实質上是不是和格罗修斯的結构有什么不同,現在已无法加以断定,因为在事实上"宗敎改革"已經把它所有的有力要素,除了一点之外,全部消灭。"宗敎改革"从日耳曼开始,它在帝国的各个諸侯之間用深而且广的鴻沟分裂开来,縱使帝国元首保持中立,也已无法用帝国最高統治来加以沟通。帝国元首于是不得不袒护敎会以反对改革者;敎皇自然也是处在同样的苦境中;这样,这原来在敌对双方之間負有調停职責的两个当局者本身就成为了各国分裂中的一个大党的首領。在这时声势已被削弱,并且已不能被認为是公共关系中的一个原則而加以信任的封建主义,已不复是足够稳定并可以和宗敎联盟相匹敌的一种約束力。因此,在公法处于几乎混乱状态的情况下,那些被認为是罗馬法学專家唯一加以認可的一个国家制度的各种观念,仍旧繼續存在。这些观念从格罗修斯手中获得的形式、均称和卓越性,为每一个学者所熟知。但"战事与和平法規論"(Treatise "De Jure Belli et Pacis")这部巨著的惊人之处則在其迅速、完全和普遍的成功上。"三十年战爭"的慘状,軍人毫无拘束的放縱行为所激起的无边恐怖和憾事,无疑地,在某种程

度上，可以被用来説明这种成功的原因，但是这还不能作为全部的説明。因为只要对当时的各种观念略为浏覽一下，就可以使我們深信在格罗修斯的偉大著作中描繪出来的国际大厦的基本圖样，如果不是在理論上很完善的話，那它就很可能会被法学家所拋棄，被政治家及士兵們所藐視。

显然，格罗修斯制度在純理論上的完善性是和我們所討論的那个領土主权概念密切地联系着的。"国际法"理論所作出的假定是:各个共和政治在其相互关系上处在一种自然状态中;但是一个自然社会的各个組成原子根据这个基本假設必須是互相分离和各自独立的。如果有一个較高的权力由于对共同最高統治权的要求而把它們联結起来，縱使这种联結是很薄弱的并且也是偶然的，但正是这一个共同領导者的概念引进了現实法的观念，排斥了一个自然法的观念。因此，如果一个帝国元首的普遍宗主权，即使仅仅是在理論上被得到承認，格罗修斯的努力就可能会变成徒劳。这也不是現代公法和我企圖描述其發展的有关主权的各种見解之間的唯一结合之点。我曾經說过，国际法律学中有些部門完全是由罗馬"財产法"組成的。那末我們可以得到什么推論呢？推論是:在对主权所作的評价中如果沒有象我所描述的那种变化——如果主权并沒有和地球上一塊土地的所有权联系起来，换言之，并沒有成为对領土的主权——，則格罗修斯的理論，就将有四分之三无法加以适用。

第五章 原始社会与古代法

在近代，法律学这个主题作为科学研究的必要性，是一向被重視的，由于感到这种必要而提出的論文来自各个不同方面，但是，如果說，到現在为止，被認为是科学的东西实际上絕大部分仅只是一些推測，只是一些在前面二章中所研究的罗馬法学家的推測，我以为并不能認为太武断。明白承認和采用一个自然状态，以及与其性質相类似的原則制度的各种推測理論，其有关的一系列論文，从这些理論發明者的时代起一直到我們今天为止，始終被繼續着，很少中断。它們出現于奠定現代法律学基础的注釋学派的注解中，出現于繼承他們的經院法学家的作品中。它們可以在寺院法学者的教条中看到。它們被那些在文艺复兴时代極为活跃的博学多能的民法学家放置在傑出的地位。格罗修斯及其繼承人不但使它們具有实际的重要性，并且使它們变得更加輝煌更加可以讚誉。在我国布拉克斯頓的开头几章中也可以看到它們，他把它們原封不动地从柏拉瑪克（Burlamaqui）中照抄下来，而凡是今天所刊印的用以为学者或实务者作指导的各种教科書，在它們开头討論法律的基本原理时往往就会被發覺，这些基本原理就是罗馬假設的一次重复申述。但是，正由于这些推測有时用以掩盖其自己的伪装，如同其原来的形式一样，使我們对于它們混杂于人类思想中的技巧，能获得一个充分的观念。洛克所主張的“法律”起源于一个“社会契約”的理論，很难隐瞞其来自罗馬的特点，事实上，这个理論只是使古代見解对現代人中特殊的一代具有更大吸引力的外衣而已；可是，在另一方面，霍布斯就同一主題所提出的理論，却故意否認罗馬人及其門徒所設想的一个自然法的現实性。然而在这个

把英国有代表性的政治家長期分成为两个敌对陣营的两种理論中，有一点却是彼此之間極为相似的，就是它們都以人类的、非历史的、无法証实的状态作为他們的基本假設，这两个理論的作者，对于社会产生前状态的各种特征，以及对于人类憑以脫离这种社会产生前状态进入我們所熟悉的仅有的那种社会組織的異常活动的性質，有着分歧的看法。但是他們却一致同意，認为在原始状态中的人和在社会产生后的人两者之間，存在着一个巨大的鴻沟把他們分离开来，我們毫不怀疑，这个观点正是他們有意識地或者无意識地从罗馬人那里借用来的。如果法律現象的确象这些理論家所認为的那样——即認为是一个龐大、复杂的整体——，那么，也就难怪人心往往要規避它所担任的工作，否則它有时候就会失望地放棄系統化的工作；而人心所采取的規避的办法，是退而求助于某种似乎可以調和一切事物的智巧的推測。

在和罗馬学理有着同样的思想基础的各种法律学理論中，有两种非常著名的理論，必須除外。其中的第一种是和孟德斯鳩的大名有联系的。虽然在“论法的精神”的开始部分中，有一些模糊辞句似乎表明作者不願与当时流行着的各种見解公然决裂，但从全書的大意来看，它对其主題所表示的概念当然是和前人所發表的見解完全不同的。在它从各种假定的法律学制度中通过广泛深入观察而搜集起来的大量种类繁杂的例子中間，常常可以看到有一种明显的渴望，想把因其粗魯、奇異或猥褻而使文明的讀者为之震惊的那些風俗和制度，置于特别傑出的地位。書中不断地提出的推測是：法律是气候、当地情况、偶然事件或詐欺的产物——是除了相当經常發生作用的原因以外任何原因的产物。在事实上，孟德斯鳩似乎把人类的本性看做是完全可塑性的，它只是在被动地重复着它从外界所接受的印象，在絕对地听命着它从外界所接受的刺激。而他的制度所以不能成为一个制度，无疑地，錯誤就是在这里。

他过低地估計了人类本性的稳定性。他很少或完全不重視种族的遺傳性質，即每一代从前輩接受下来再一代代傳下去很少加以改变的性質。的确，除非对“论法的精神”中所注意到的那些变更原因給予应有的承認，要对社会現象、因而也对于法律提供一个完全的說明是不可能的；但这些原因的数量和其力量，似乎为孟德斯鳩过高地估計了。在他所罗列的变例中，有許多已被証明是建筑在虛伪的报告或錯誤的解釋上，而在剩余下来的一些变例中，有不少不是証明人类本性的变化无常，相反地却証明了其恒久不变，因为它們都是人类在較古远的时期頑固地抗拒了在别种場合可能会發生效果的各种影响而遺留下来的遺物。眞相是，在我們智力的、道德的和体力的組成中，絕大部分都是属于稳定部分，它对于变化具有巨大的抵抗力，因此虽然世界上一个部分的人类社会是明显地变化多端的，但这些变化并非如此迅速，也不是如此广泛，以致其数量、性質及一般趋向会达到不可能确定的地步。以我們今日有限知識所可能达到的，也許只是比較地接近的眞理，但我們沒有理由以为这是非常遙远的，或以为（实在是同样的东西）它須要在将来作很大的修正，因此是完全无用的和不足为訓的。

前面所談的另外一种理論是边沁的历史理論。这个理論在边沁的著作的有几个部分中模糊地（并且可以說是胆小地）提出来，和他在“政府論丛”中开其端，后来由約翰·奥斯丁先生加以完成的有关法律概念的分析完全不同。把一条法律还原为在特殊情况下适用的一种特殊性的命令，目的只是为了使我們可以摆脱言語上的困难——这当然是一种最可怕的困难。至于社会所以把这些命令加諸自己身上，其动机何在，这些命令相互之間的联系如何，以及它們对在它們以前的命令及对它們所代替的命令的依附性質又如何这一些問題，仍旧是悬而未决。边沁所提出的答案是，社会因其对一般权宜措施的見解有所变更而变更着、并且是不断地变

更着法律。很难說这个命題是錯誤的，但它肯定是沒有效果的。因为，所謂对一个社会或毋宁說是对社会的統治阶級是权宜的东西，实际上必然地就是社会在作出变更时心目中所想要达到的目的，不論这个目的是什么。所謂权宜和最大幸福，实在就是推动变更的冲动，不过名称不同而已；当我們把权宜作为是变更法律或意見的准則时，我們从这个命題中所能得到的，只是用一个特別名詞来代替当我们说一次变更发生了时必然地要想到的另一个名詞而已。

对于現有的各种法律学理論，存在着非常广泛的不滿，并且一般都認为这些理論不能眞正解决它們标榜着要解决的問題，因此就正当地产生了这样的一种怀疑，就是說为了要求得一个完美的結果所必須的某些方面的研究，或者为其著者进行得不够徹底，或者是甚至完全被忽略了。眞的，也許除了孟德斯鳩外，在所有这些純理論中，的确都有一个可以指責的显著遺漏。在这些純理論中，都忽視了在它們出現的特定时間以前很遙远的时代中，法律在实际上究竟是怎样的。这些純理論的創造者詳細地观察了他們自己时代的各种制度和文明以及在某种程度上能迎合他們心理的其他时代的各种制度和文明，但是当他們把其注意力轉向和他們自己的在表面上有極大差別的古代社会状态时，他們便一致地停止观察而开始猜想了。因此，他們所犯的錯誤，正和一个考察物質宇宙規律的人，把他的考虑从作为一个統一体的現存物理世界开始而不从作为其最簡單构成要素的各个分子着手时所犯的錯誤，很相类似。这种在科学上違背常理的方法，在任何其他思想領域中不可采用，那在法律学中当然也是同样不足取的。似乎在先就可以看到，我們应該从最簡單的社会形式开始，并且越接近其原始条件的一个状态越好。換言之，如果我們要采用这类研究中所通常遵循的道路，我們就应該尽可能地深入到原始社会的历史中。早期社会所

提供給我們的各种現象并不是一看就容易理解的，但要掌握住这些現象时所遇到的困难，和在考究現代社会組織錯綜复杂情况时使我們遭受的困惑，是不能相比的。这种困难的产生，是由于它們的奇怪和異样，而不是由于它們的数量和复杂性。当人們用一种現代的观点来观察这些現象时必然会引起不易很快克服的惊奇；但当惊奇被克服时，它們就将很少也很簡單的了。不过縱使它們造成了很大的困难，我們不辞劳苦以确定这些胚种也不会是浪費精力的。因为現在控制着我們行动以及塑造着我們行为的道德規范的每一种形式，必然可以从这些胚种当中展示出来。

我們所能知道的社会状态的雛形，来自三种記录——即观察者对于同时代比較落后的各种文明的記事，某一个特殊民族所保存下来的关于他們的原始历史的記录，以及古代的法律。第一种証据是我們可以預期的最好的一种。各个社会既不是同时并进而是按着不同速度前进的，因此确有这样一些时期，凡是受到有系統的观察習慣訓練的人們，能真正有机会可以看到人类的幼年，并加以描述。塔西佗(Tacitus)曾尽量利用了这种机会；但是他所著的"日耳曼"(Germany)一書，不像大多数著名的經典著作一样，沒有能引起别人去仿傚他的优秀榜样，因此我們現在所保有的这一类的記录，数量非常之少。文明人对于其野蛮的邻人往往有一种傲慢之感，这就使他們往往明显地不屑于观察他們，而这种不关心有时更因为恐惧、因为宗教偏見、甚至就因为这些名詞——即文明和野蛮——的应用而更加严重，这种文明和野蛮的分野常对大多数人造成了不但在程度上而且在种类上都有所差别的印象。甚至对于"日耳曼"也有些批評家曾怀疑它为了要求对比尖銳，叙述生动而犧牲了信实。有一些史料，叙述着民族的幼年，保存在档案中流傳給我們的，也被認为由于种族驕傲或由于新时代的宗教情緒而被歪曲了。然而对于大部分的古代法律却并未發生过这些毫无根据的

或合理的疑虑，这是非常值得重視的事实。所有流傳下来的許多古代法律所以能被保存下来，只是因为它們是古代的。那些在当初执行它和服从它的人們，并不标榜能理解它；在有些情况下，他們甚至嘲笑它和藐視它。除了它是由他們祖先傳下来的以外，他們对它并不特别重視。因此，如果我們能集中注意力于那些古代制度的断片，这些断片还不能合理地被假定为曾經受到过改动，我們就有可能对于原来所屬社会的某种主要特征获得一个明确的概念。在这个基础上再向前跨进一步，我們可以把我們已有的知識适用于象"摩奴法典"那种大体上其眞实性还可疑的一些法律制度；憑了这个已經获得的关鍵，我們就可以把那些眞正是古代傳下来的部分从那些曾經受到过編纂者的偏見、兴趣或无知的影响的部分，区分开来。至少应該承認，如果有足够的材料来从事于这样的研究过程，如果反复的比較是被正确地执行着，则我們所遵循的方法，必将象在比較語言学中使能达到惊人结果的那些方法一样很少有可以反对的余地。

从比較法律学中所获得的証据，使我們对人类原始状态确立了一种看法，即所謂"宗法理論"。当然这个理論无疑地原来是以下亚細亚 (Lower Asia) 希伯来 (Hebrew) 族長制的聖經史为根据的；但是，像前面已經解釋过的，正因为它和"聖經" (Scripture) 有联系，它就被反对，不被認为是一个可以接受的完全的理論，因为直到最近还热誠从事于总括各种社会現象的多数研究者，不是一些对希伯来古代事物具有最頑强偏見的人，就是一些想不借助于宗教記录而最坚强地希望自己建立一个体系的人。即使一直到現在，也許还有着这样一种傾向，低估这些記事的价值，或者应該說是不願把它們作为閃族 (Semitic people) 傳統的組成部分，而从其中得出結論。但是，値得注意的是，这一种法律記录，几乎完全来自屬于印度-欧罗巴种族的社会制度，其中较大部分是罗

馬人、印度人和斯拉夫人所供給的；而当前研究阶段所面临的困难是：要知道究竟到什么地方为止，究竟有哪一些人种，是不許可被肯定为他們的社会原来是按照父权的模型而組成的。从“創世紀”开头的几章中所能收集到的这一类社会的主要輪廓，在这里毋庸詳为描述，因为我們大多数人已經从小都非常熟悉，同时也因为由于洛克和菲尔美（Filmer）之間辯論的結果，在英国文献中已有專書論述了这个問題，虽然这本書并不是很有益的。从历史表面上所能看到的各点是：——最年長的父輩——最年長的尊屬亲——是家庭的絕对統治者。他握有生杀之权，他对待他的子女、他的家庭象对待奴隶一样，不受任何限制；真的，亲子具有这样較高的資格，就是終有一天他本身也要成为一个族長，除此以外，父子关系和主奴关系似乎很少差別。子女的羊和牛就是父的羊和牛，父所占有的物件是由他以代表的身分而非所有人的身分占有的，这些占有物，在他死亡时，即在其一等卑亲屬中平均分配，長子有时以生得权的名义接受双倍的份額，但更普通的是除了一种荣誉的优先权以外，不再賦予任何繼承利益。在聖經的記事中有一个不十分明显的例子，似乎父系的帝国第一次發生了破坏的痕迹。雅各（Jacob）和以扫（Esau）两个家族分离而組成为两个国家；但是雅各子女的各个家族却仍旧結合在一起，而成为一个民族。这就好象是一个国家或共和政治的不成熟的胚种，同时也好象是一种权利順序較胜于家族关系所提出的要求。

为了法学家的特殊目的，簡要地說明人类在其历史黎明时期所处状态的各个特征，我以为只要摘引荷馬“奥特賽”（Odyssey）中如下几行詩句就够了：

τοῖσιν δ' οὔτ' ἀγοραὶ βουληφόροι οὔτε θέμιστες,

. . . θεμιστεύει δὲ ἕκαστος

παίδων ἠδ' ἀλόχων, οὐδ' ἀλλήλων, ἀλέγουσιν.

“他們既沒有評議会，又沒有地美士第，但每一个人对妻子和兒女都有审判权，在他們相互之間，則是各不相关的。”这些詩句是适用于“独眼巨人”(Cyclops) 的，我以为如果說“独眼巨人”就是荷馬心目中一种外国的和不进步的文明的典型，也許不完全是一种幻想；因为一个原始共产体对于在風尙上和它自己有非常不同的人，往往会感到几乎是自然的憎恶，这种憎恶通常表現为把他們描写成怪物，例如巨人甚至是魔鬼(在东方神話学中，几乎在所有情况中都是如此)。不論是不是这样，在这几行詩句中，正集中了古代法律事物所能給予我們的各种暗示的总和。人类最初是分散在完全孤立的集团中的，这种集团由于对父輩的服从而結合在一起。法律是父輩的語言，但它还沒有达到我們在本文第一章中所分析的地美士第的程度。当我們向前进行而达到这些早期法律概念成形的社会状态时，我們發現，这些法律概念仍旧多少带有足以表示一个專制的父的命令的这个特点的神秘性和自發性，但在同一时候，由于他們来自一个主权者，这些法律概念就預先假定了一个組織比較广泛、由許多家族集团組成的联合体。第二个問題是，这种联合体的性質是什么以及它包括的亲密程度究竟是怎样的。正是在这一点，古代法律提供給我們最大的貢献之一，并且塡补了否則只可能以猜度来渡过的一个鴻沟。它不論在任何方面都明显地表示着，原始时代的社会并不象現在所設想的，是一个个人的集合，在事实上，并且根据組成它的人們的看法，它是一个許多家族的集合体。如果說一个古代社会的單位是“家族”，而一个現代社会的單位是“个人”，則这个对比，也許可以更强有力地表示出来。在古代法律中，这个差别有着重大的后果。法律的这样組成是为了要适应一个小的独立团体的制度。因此，它的数量不多，因为它可以由家長的專断命令来增补的。它的仪式繁多，因为它所着重处理的事务，类似国际間的事务的地方，多于个人間交往的迅速处理。尤其重要的，它

具有一种特性，其重要性在目前还不能全部表現出来。它所持有的人生观和發达的法律学中所体現的完全不同。团体永生不灭，因此，原始法律把它所关連的实体即宗法或家族集团，視为永久的和不能消灭的。这种見解同远古时代道德屬性所表現的特别看法，有着密切联系。个人道德的升降往往和个人所隶屬集团的优缺点混淆在一起，或处于比較次要的地位。如果共产体有了罪过，它的罪恶大于其成員所犯罪的总和；这个罪是一个团体行为，其后果所及，要比实际参与犯罪行为的人多的多。如果，反过来，个人是显然有罪的，那他的子女、他的亲屬、他的族人或他的同胞就都要和他一起受罰，有时甚至代替他受罰。因此关于道德責任和道德报应的观念，在很古时代，似乎常比各个較进步时代体会得更加明白，因为既然家族集团是永生不灭的，其担当刑罰的責任是无限制的，則原始人的头脑自不会象后来当个人被視为完全和集团分离的时期的后代人的头脑那样被种种困难問題所窘困了。早期希腊关于一个遺傳的詛咒的观念，标誌着由古代的和簡單的对于事物的看法走向后来神学或形而上学解釋的过渡的一步。他的后裔从原来罪犯所受到的遺物，不是一种受刑罰的义务，而是一种犯新罪使發生一种該受报复的义务；这样，家族的責任就和这种新的思想状态，即把犯罪后果限制于实际犯罪者的新思想状态，取得了一致。

如果我們能根据前面談到的聖經上的例子提供給我們的暗示而作出一个一般結論，并假定：凡族長死亡时，一个家族仍能結合在一起而不分散，这时候共产体就开始存在了，如果是这样，則社会起源的解釋将是很簡單的。在大多数的希腊国家中，以及在罗馬，長期存在着一系列上升集团的遺迹，而“国家”最初就是从这些集团中产生的。罗馬人的“家族”、“大氏族”和“部落”都是它们的类型，根据它們被描述的情况，使我們不得不把它們想象为从同一起点逐漸扩大而形成的一整套同心圓，其基本的集团是因共同从

屬于最高的男性尊屬亲而結合在一起的“家族”。許多“家族”的集合形成“氏族”或“大氏族”。許多“氏族”的集合形成“部落”。而許多“部落”的集合則构成了“共和政治”。根据这些痕迹，我們是不是可以进而认为：共和政治是因为来自一个原始家族祖先的共同血統而結合在一起的許多人的一个集合体。关于这一点，我們至少可以断定，一切古代社会都自認为是来自一个原祖，并且除此以外，他們虽經努力，但仍无法想出他們所以会結合在一个政治团体中的任何其他理由。事实上，政治思想的历史是从这样一个假設开始的，即血緣是共产体政治作用的唯一可能的根据；也沒有任何一种我們强調地称之为革命的感情破灭，其惊人和完全的程度及得上其他原則——例如所謂“地方毗邻”——第一次成为共同政治行动的基础时所完成的变化的。因此，我們可以肯定認为在早期共和政治中，所有公民都認为，凡是他們作为其成員之一的集团，都是建筑于共同血統上的。凡对于“家族”是显然正确的，当时便認为首先对于“氏族”，而后对于“部落”，最后对于“国家”也都是正确的。可是，我們發現，虽然有着这样一个信念，或者假如我們可以这样称呼它的話，这个理論，但每一个共产体所保存着的記录或傳統，却都明显地表示这个基本假設是虚伪的。不論我們观察希腊各邦，或罗馬，或提供尼布尔以許多有价值例証的在笛脫厮希的条頓貴族政治，或凱尔特部族組織，或斯拉夫俄罗斯人和波兰人的那些只在后来才引人注意的奇怪的社会組織，在每个地方，我們都能在他們的历史中發現有把外国出生的人接納或同化于原来的同族人中的事。如果單独以罗馬而論，我們也可看到，这个原始集团即“家族”是不断地由于收养的習俗而攙杂进来其他血統的人的，而有关把原来的“部落”之一驅逐出境，以及一个古代国王大量增加各氏族成员的种种故事，似乎是始終不断地流傳着的。国家的組成被普遍假定为是自然的，但在实际上却絕大部分是人为的。这种存在于

信念或理論同显著的事实之間的互相抵触，初看起来是非常令人困惑的；但它眞正說明的，正是“法律拟制”在社会幼年时代所发挥的效能。最早最广泛应用的法律拟制，是允許以人为的方法来发生家庭关系，我以为，人类所深受其惠的，实沒有比这个更多的了。如果过去从来沒有过这种拟制，任何一个原始集团不論其性質如何，决不可能吸收另一个集团，除了一方面是絕对的优势，另方面是絕对的从屬之外，也决不可能有任何二个集团在任何条件下能結合起来。毫无疑問，如果我們用現代的見解来設想几个独立共产体的結合，我們可以提出成百种达到这个目的的方式来，其中最簡單的方式就是由包括在要合併的各集团中的个人，按照地区在一起选举或一起活动；但是，許多人如果仅仅因为他們恰巧居住于同一地域以內就应該行使共同政治权利，这个观念对于原始的古代社会来講，是完全陌生和奇怪的。在那时代，受到欢迎的办法是，外国人应該把他們自己冒充为来自他們所要加入的人民的同一祖先；我們今天所不易理解的，正就是这个拟制的善意，以及它能被做得接近眞实。但是，有一个情况是必須加以重視的，即形成不同政治集团的人們当然有定期会集在一起的習慣，目的在用共同的祭祀以确認和神聖其联系。被同化于同胞中的異乡人无疑地也会被允許参加这些祭祀；我們可以相信当这些異乡人一度这样做了以后，似乎就很容易或沒有什么困难被視为参加了共同血統。因此，从証据得出的結論，所有早期社会并不都是由同一祖先的后裔組成，但所有永久和团結巩固的早期社会或者来自同一祖先，或者则自己假定为来自同一祖先。有无数的原因可能会把原始集团加以粉碎，但无論如何，当它們的成分重新結合时，都是以一种亲族联合的型式或原則为根据的。不論在事实上是怎样，所有的思想、言語和法律都被調整，以适合于这个假定。但是，虽然在我看来，就那些記录为我們所熟悉的各个共产体而論，所有这一切似乎

都是可以成立的，但它們历史的其余部分論証了前面所提出的論点，即这个最有力的“法律拟制”主要地起着暫时的和有限的影响。到了某一个时間——也許是——当它們自己感覚到自己力量足以抵抗外来压力时——，所有这些国家就立即終止用人为扩大血緣的方法来添补新成員。因此，凡当有新的人口由于任何原因而結集在他們四周，但不能提出和他們起原于共同祖先的主張时，在这种情况下，他們就必然地成为“貴族”。他們严格維持着一个制度的主要原則，根据这个原則人們除了眞正的或人为的血統关系以外，沒有任何条件可以使他們获得政治权利，因此敎导了弱者另一个原則，这个原則已証明是具有高度的生命力的。这就是地方毗邻原則，現在已被到处承認为共产体在政治职能上的一种条件。于是一套新的政治观念立刻产生了，这些既然是我們自己的观念，是我們同时代人的观念，并且在很大程度上也是我們祖先的观念，因此也就模糊了我們对于那些被它們所駁倒和廢棄的旧理論的理解。

一个古代社会、据我們所能設想到的，虽然是多种多样的，但“家族”是它的典型；不过这里所謂的家族，同現代人所理解的家族并不完全相同。为了要得到古代的概念，我們必須就我們現代观念作一些重要的增加和一些重要的限制。我們必須把家族看作是因吸收外来人而不断扩大的团体，我們并且必須把收养的拟制認为是和眞正的血緣关系非常密切地近似的，因此不論在法律上或在人們的意見中，对于眞正的血緣关系和收养关系之間，都沒有絲毫差别。在另一方面，由于共同血統而在理論上混合于一个家族中的人們，他們在实际上結合在一起，乃是由于他們共同服从其最高在世的尊亲屬如父亲、祖父或曾祖父。一个首領具有宗法权，是家族集团观念中的一个必要的要素，正和家族集团是由他所产生的事实（或假定事实）同样的必要；因此，我們必須了解，不論任何人，虽然由于血緣关系眞正包括在同族之內，但如果他們在事实上

退出了其統治者的支配，則早在法律创始时期，他们就要被認为是不屬于这个家族了。我們在原始法律学的發軔时候所遇到的，正是这种宗法的集合体，——近代家族就是这样在一方面加以縮小在另一方面加以扩大而組成的。家族也許比"国家"、比"部落"、比"氏族"更加古老一些，但它在"氏族"和"部落"被長久遺忘，在血緣同国家的組成已長久失掉了联系以后，还在私法上留有殘迹。它在法律学的各大部門中都有烙印可以發現；并且我以为，它可以被認为是这些部門中許多最重要和最持久特征的眞正淵源。最古法律的各种特性从开始时就使我們得到这样一个結論，即在权利和义务制度上，它对于家族集团所持的見解正和我們今日流行在全欧洲的对于个人所持的見解完全相同。即使在現在，我們还可以观察到这样的社会，它們的法律和慣例除非被假定为还沒有脫离这种原始状态就很难加以說明；但是在环境比較幸运的共产体中，法律学的結构已开始逐漸瓦解了，如果我們仔細地观察这种瓦解現象，我們就能看到这种瓦解主要是發生在受到家族的原始概念影响最深的那些部分的制度中。一个最重要的例証中，就是在罗馬法中，变化發生得非常迟緩，从一个时代到另一个时代，我們可以观察到变化所遵循的路綫和方向，并且甚至可以对变化所趋向的最后結果，略加叙述。并且在进行这个最后的研究时，我們不会受到那个把現代和古代世界分隔开来的想象障碍的阻撓。因为經过提煉的罗馬法同原始野蛮的慣例混合后，形成了以封建制度这个虛伪的名字为我們所知的混合物，其結果之一是复活了在罗馬世界早已廢棄不用的古代法律学的許多特色，因此那似乎已經終止了的分解过程又再度开始，并且在某种程度上直到現在仍旧在繼續进行中。

最古社会的家族組織曾在少数法律制度学上留有明白而广大的标誌，显示出"父"或其他祖先对于卑亲屬的人身和財产有終身的权力，这种权力，我們为了方便起見，用它后来在罗马的名称，

称它做"家父权"(Patria Potestas)。在人类原始联合的所有特色中，没有比这种权力更多地被大量的证据所証明；但也沒比这种权力更为普遍地、更为迅速地从进步共产体的惯例中消失掉。在安托宁时代写作的该雅士，認为这个制度是罗馬人特有的制度，誠然，如果他看一看萊因河或多瑙河对岸那些曾引起他同时代人好奇心的野蛮部落，他可能会看到許多最粗陋形式的宗法权的例子。在远东有一个和罗馬人来自同一人种的支系也正在按照其最專門的細节重复施行"家父权"。但在公認为包括于罗馬帝国內的各民族中，除了只在亞細亞加拉塔 (Asiatic Galatæ)之外，該雅士不可能找到有类似罗馬"家父权"的一种制度。据我看来，祖先的直接权威在大多数进步社会中所以会很快就少于其在最早状态中所有的程度，是有多种理由的。未开化人們对其父絕对遵从，无疑地是一个主要事实，这个事实不是輕易地能解釋清楚的，如果只說因为这样对他們有利；但是，在同时，如果子服从父是出于自然的，那末子希望父具有卓越的体力或卓越的智慧也是同样出于自然的。因此，当社会处在体力和智力都具有特殊价值的时候，就会發生一种影响，傾向于使"家父权"限于确实具有才干的和强有力的人。当我們初看到有組織的希腊社会时，好像出类拔萃的智慧会使体力虽已衰微的人仍能保持其家父权；但在"奥特賽"中优烈錫士 (Ulysses) 和萊安底斯 (Laertes) 的关系似乎表示当其子兼有非常的勇武和智慧时，其年已衰老的父是可以从家族首領的地位上被廢免的。在成熟的希腊法律学中，其規定比荷馬文学中所暗示的实踐，更前进了几步；虽然仍有許多严格的家族义务被保留着，但父亲的直接权威象在欧洲的法典中一样被限制于未成年的子女，或是，换言之，被限制于这些子女假定他們的智力和体力还不充足的一定时期內。但是，这个具有改革古旧慣例以适应共和政治急需这种显著傾向的罗馬法，它一方面保持了原始制度，

另一方面却保持了我認为它曾从屬的自然限制。在每一种生命有关的場合，如当集体的共产体为了議和或为了战爭而必须利用其智力和体力时，家子（Filius familias）或"在父权下之子"（Son under Power）就可以获得和父同样的自由。罗马法学中有这样一个格言，"家父权"并不触及"公法"（Jus Publicum）。父和子在城中一同选举，在战場上并肩作战；眞的，当子成为将軍时，可能会指揮其父，成为高級官吏时，要审判其父的契約案件和懲罰其父的失职行为。但在"私法"所創造的一切关系中，子就必須生活在一个家庭專制之下，这种家庭專制直到最后还保持着严酷性，它并且延續了許多世紀，这就成为法律史中最奇怪的問題之一。

罗馬的"家父权"必然地是我們原始父权的典型，但作为一个文明生活的制度，不論我們从其对人的影响或对物的效果而論，都是同样难以理解的。遺憾的是，在它的历史上存在着的一个鴻沟，現在已无法更完全地塡滿了。就人而言，根据我們所获得的材料，父对其子有生死之权（Jus vitæ necisque），更毋待论的，具有无限制的肉体懲罰权；他可以任意变更他們的个人身分；他可以为子娶妻，他可以将女許嫁；他可以令子女离婚；他可以用收养的方法把子女移轉到其他家族中去；他并且可以出卖他們。后来在帝政时期，我們还可以發現所有这些权利的遺迹，但已經縮小在極狭小的范圍內。家內懲罰的无限制的权利已变成为把家庭犯罪移归民事高級官吏审判的权利；主宰婚姻的特权已下降为一种有条件的否定权；出卖的自由已在实际上被廢止，至于收养在查斯丁尼安的改良制度中几乎全部失去了它在古代的重要性，如果沒有子女的同意，移轉給养父母就不能生效。总之，我們已十分接近最后流行于現代世界的各种观念的边緣，但是在这些相隔很远的时代之間，存在着一个暗昧的期間，据我們猜想，"家父权"所以能这样长时期地持續着，其原因就在它比表面上較为可以容忍一些。兒子积極完

成其对国家所负各种义务中最重要的义务，縱使不取消他父亲的权威，一定也会削弱这种权威。我們不难想象，如果对于一个占有高级民事官吏职位的成年人行使父权專制，则必然地会引起極大的誹謗。不过在較早期的历史中，这种在实际上解放的事例，如和罗马共和时代因不断發生战事而造成的事例相比，是要少得多。早期战爭中一年有四分之三时間輾轉于战場上的軍事护民官和士兵，以及在后一时期统治一省的地方总督和占領它的軍团兵，他們实在不应該有任何实际理由使他們自認为是一个專制主人的奴隶；而在当时，所有这些逃避"家父权"的道路有不断增加的傾向。胜利引导到征服，征服引导到占領；用殖民来占領的方式改变了用常备軍来占領各省的制度。每次向前进展一步，就要召喚更多的罗馬公民出国，就要对正在不断减少的拉丁民族的血液进行一次新的汲引。我以为，我們得推定，到帝国建立，世界平靖开始的时候，主張松弛"家父权"的强有力的情緒，已成为确切不移的了。最早加于这古代制度的大打击来自較早期的几个凱撒，而圖拉眞(Trajan) 和汉德林所作的几次單独干涉，似乎又为后来一系列明确的立法准备了条件，我們虽无法断定这些立法的时間，但我們知道，这些立法在一方面限制了家父权，另一方面增加了其自动放棄的种种便利。在比較早的时期，如果子經过三次出卖，就可以消灭"家父权"，我認为，这个方式証明在很早时候就感覺到沒有延長这种权力的必要。这一条規定宣布子在被父出卖三次以后应該获得自由，其原意似乎是为了要懲罰这种甚至为道德观念还处于啓蒙时期的原始罗馬人所反对的实踐。但是甚至在"十二铜表法"公布以前，由于法学专家的智机，如果家父願意中止家父权的时候，就可以利用这个方式来把它取消。

无疑地，我们是不能从历史的表面来發現这許多促使减輕父对子人身权力的严酷性的原因的。我們无法断定究竟公共輿論对

于一种法律所赋予的权威能使它瘫痪到如何程度，或者父子之情究竟能使它被忍耐到如何程度。但是，虽然对于人身的权力在后来可能变成了有名无实，不过到現在还残存的罗馬法律学的全部要旨暗示着，父对子財产所有的权利，則是始終毫无犹豫地被行使到法律所准許的限度的。这些对財产的权利在最初出現时，其活动范圍較广是无足惊異的。古代罗馬法禁止“在父权下之子”(Children under Power) 和父分开而持有財产，或者(我們宁可說)絕对不考虑子有主張一种各別所有权的可能。父有权取得其子的全部取得物，并享有其契約的利益而不牵涉到任何賠偿責任。我們从最古罗馬社会的构成中所能得到的就是这些，因为除非我們假定原始家族集团的成員应該把他們各式各样的劳动所得都放在其共有的財产中，而在同时他們又不能把在事前沒有經过考虑的个人債务来拘束它，則我們就很难就原始家族集团作出一个概念。“家父权”的眞正难解之处实在并不在这一方面，而是在于父的这些財产特权被剝夺得如此之慢，以及在于在这些特权被大大地縮小之前全部文明世界都被引入这些特权范圍之內的情况。对于这种情况，沒有試作过任何改革，直到帝国的初期，現役軍人的取得物可以不受“家父权”的影响，这无疑地是被用作为对推翻自由共和政治的軍队的酬劳的一部分。經过三个世紀以后，这同样的免除扩大而适用于国家文官的劳动所得。这二种变化在应用时是显然有限制的，并且它們在技术上是采用这样的形式，以求尽量避免干預“家父权”的原则。罗馬法在过去是一向承認某种有限的和依附的所有权的，奴隶及“在父权下之子”的賞金和积蓄并不被强迫包括在家庭賬目之內，这种特許財产的特別名称为“特有产”(Peculium)，适用于新从“家父权”中解放出来的取得物，屬于軍人方面的則称为“軍役特有产”(Castrense Peculium)，屬于文官方面的則称为“准軍役特有产”(Quasi-castrense Peculium)。

以后对家父权还有其他的变更，在外表上对于古代原则已不复像过去那样的尊重了。在采用"准軍役特有产"以后不久，君士坦丁大帝取消了父对子从其母承繼財产上所有的絕对权，把它縮小为一种用益权(usufruct)或終身收益。在西罗馬帝国还有少数比較不很重要的变化，但最大的变化發生在东罗馬帝国，是当査斯丁尼安的时代，他所制定的法律，規定除非子的取得物是来自其父自己財产，父对这些取得物的权力不得超出在他生存期內享有出产物的范圍。罗馬的"家父权"虽已作了这样極度的寬放，但是罗馬的制度仍旧远比現代世界中任何类似制度为广泛和严格。法律学最早的現代作者認为，只有比較殘暴和比較鄙野的罗馬帝国征服者，特别是斯拉夫族的各国，才有类似"法学彙纂"和"法典"中所叙述的一种"家父权"。所有的日耳曼移民似乎都承認一个家族团体屬于門特(mund)或族長权之下；但族長的权力显然只是一种腐敗的"家父权"的遺骸，同罗馬人的父所享有的权力远不能相比拟。法兰克人特别被提到沒有受到这种罗馬制度的影响，因此老一輩的法国法学家甚至在非常忙于用罗馬法規定来塡补野蛮習慣的孔隙时，还不得不用这明白的格言在法兰西父权不能代替(Puyssance de père en France n'a lieu)来保获自己，使不受到"家父权"的侵入。罗馬人固执地保持着他們这个最古状态的遺迹，其本身是值得注意的，但更值得注意的是"家父权"在它一度絕迹以后又复在全部文明世界广泛流行这一事实。当"軍役特有产"还只是父对子財产权力的唯一例外时，以及当父对于子人身所有的权力还是極为广泛的时候，罗馬公民权以及随着公民权而产生的"家父权"正被广布到帝国的每一个角落。每一个非洲人或西班牙人、每一个高卢人、不列顚人或犹太人因贈与、买受或繼承而获得这种公民权的光荣时，把它自己放在罗馬"人法"之下，又虽然我們的权威学者暗示，在取得公民权前所生的子女不能違背他們的意志而把他們放

在"父权"之下，但在这以后所生的子女以及所有在他們以后的卑亲屬都应該处于一个罗馬家子的通常地位上。对于后期罗馬社会的构成，本不在本文研究范圍之內，但我不妨在这里說明，有人認为安托宁那·卡剌卡拉(Antoninus Caracalla) 規定把罗馬公民权賦予其全部臣民的措施并不重要，这种意見是缺乏根据的。不論我們对这件事作如何解釋，但它必然无疑地大大扩大了"家父权"的范圍，并且据我看来，它使家族关系更加紧密，而这正是我們必須比以前更加注意的，可以用来說明正在改变着世界的偉大道德革命的一种媒介。

在离开我們主題的这一个部分以前，应該注意到"家父"对于"在父权下之子"的不法行为(或侵权行为)应負責任。他对其奴隶的不法行为也同样的应該負責；但在这两种情形下，他原有这样一种特别的权利，就是把犯罪者的本人交出以賠償損害。"家父"这样因为子的緣故而負担責任，再加上父和"在父权下之子"相互之間不能提起控訴，有些法学家認为这种情况最好用"家父"与"家子"間存在着一种"人格統一"的假設来加以說明。在"繼承"的一章中，我将說明在什么意义上和在什么限度內，这种"統一"可以被認为是一种現实。在目前我只須說明："家父"的这些責任以及此后要討論到的其他一些法律現象，据我看来，都是作为原始族長所有权利的一种对称的某种义务。我的看法是，如果他有絕对的处分共同部族之人的人身和財产的权利，則和这种代表性的所有权相适应，他也有从共同基金中供养同族內所有成員的責任。困难是在于，当我們在想象"家父"的这种責任的性質时，我們必須从我们习慣的联想中充分地解脫出来。它不是一种法律义务，因为法律还沒有滲透到"家族"的境界之內。要称它为道德的也許还言之过早，因为道德观念屬于較后阶段的智力發展；在目前，我們不妨称之为"道德义务"，但是这所謂"道德义务"，应該被理解为一种自覺

地服从的，并且是依靠本能和習惯而不是依靠文明規定裁制所强行的义务。

“家父权”就其正常状态而論，并不是，并且据我看来，也不可能是一种在大体上永久的制度。因此，如果我們單从它本身来考慮，它以前具有普遍性的証据，是不完全的；但是如果研究一下古代法律中在根本上依附着它、但却不是从它所有方面或为每一个人所能看到的一条綫索所联系着的其他部門，則可以获得的証据将更多。我們試以亲屬关系为例，或者換言之，以古代法律学中亲屬相互間据而衡量远近亲疏的等級为例。这里，最方便的方法又是应用罗馬的用語，即“宗亲”和“血亲”关系。血亲关系就是現代观念所熟悉的亲屬关系概念；这是因一对已婚的人所出生的共同后裔而产生的亲屬关系，不論其后裔来自男性或女性方面。宗亲亲屬关系和这完全不同；它不包括有許多我們在今天認为当然是我們亲屬的人，而同时却包括了更多我們决不会計算在我們亲屬中的人。其实，这是根据了最古时代的看法而存在于家族成員間的一种关系。这个关系的范圍，和現代亲屬关系的范圍是远不相一致的。

因此，“血亲”指的是一切人，从血統上能追溯到一个單一的男性和女性祖先的；或者，如果我們用罗馬法中这个字的严格的專門意义，他們是一切从血統上能追溯到一对合法结婚夫妇的人。“血亲屬”因此是一个相对的名称，它所表示血緣关系的程度要以被选定作为计算的起点的特殊婚姻而决定。如果我們从父和母的婚姻开始，“血亲屬”只表示兄弟和姊妹的亲屬关系；如果我們从祖父和祖母的婚姻开始，則伯叔姑母以及其后裔也都要包括在“血亲屬”的观念內，根据这同一步驟只要我們在宗譜上选定更高更高的起点，那就可繼續得到更大量的“血亲”。这一些都是为一个現代人所容易理解的，但誰是“宗亲”呢？首先，凡專从男性追溯其亲屬关系

的都是“血亲”。为了要組成一張“血亲”世系表，当然只須要依次取每一个直系祖先，并把其所有男女两性的卑屬亲都包括在一張表式內；如果，在追溯这样一張家系表或家系树的各个支脈时，我們每到达一个女性的名字时立即停止，不再在該特殊的支脈或枝节上繼續向前进行，把女性的卑屬亲完全除外后所有遺留下来的人就都是“宗亲”，而他們相互的关系便是“宗亲”关系。我之所以要在那实际上把他們从“血亲”分开来的过程上稍談几句，因为这說明了一个著名的法律格言“一个妇女是家族的終点” (Mulier est finis familiæ)。在一个女性名字出現的地方封閉了家系中有关支脈或枝条。女性的后裔是不包括在家族关系的原始观念中的。

如果我們所研究的古法律制度是一个允許收养的制度，則在“宗亲”之中还必須加进由于人为的扩大范圍而增加到“家族”中来的人口，包括男性或女性。但是这类人的卑亲屬如果能滿足上面所談的各种条件，則他們将只是“宗亲”。

然則，究竟憑着什么理由，决定这种專断的包括和除外？为什么一个“亲屬关系”的概念一方面是这样地有彈性，可以包括因收养而带入家族中来的陌生人，但另一方面又是这样地狹隘，把一个女性成員的后裔排除在家族之外？要解决这个問題，我們又必須回到“家父权”。“宗亲屬”的基础并不是“父”“母”的婚姻，而是“父”的权威。在同一“父权”之下的一切人，或是曾經在它下面的一切人，或是可能会在它們下面的一切人，如果他們的直系祖先寿命很長足以造成他个人的王国，所有这一切人就都是因“宗亲屬”而結合在一起的。实际上，在原始的見解中，所謂“亲屬关系”正是以“家父权”为其范圍的。“家父权”开始时，“亲屬关系”也开始；因此，收养关系也包括在亲屬关系之中。“家父权”終了时，“亲屬关系”也終了；因此，一个被父所解放了的子就丧失了“宗亲屬”的一切权利。这就是为什么女性后裔不在古亲屬关系范圍之內的理由。如果

一个妇女未婚而死亡，她不能有合法的卑亲屬。在她結婚后，她所生的子女屬于她夫而不屬于她父的"家父权"范圍，这样，她的子女就不屬于她自己的家族。很显然，如果有人自称是母亲的亲屬，則原始的社会組織可能要为之惊惶失措。因为这样一个人就可能要屬于两个不同的"家父权"；但是各别的"家父权"含有各别的管轄权之意，則这个同时屬于两个管轄权的人就必将生活于两种不同法律管理之下。旣然"家族"是帝国內的一个帝国，是共和政治內的一个共产体，受到它自己的以父为其泉源的制度的統治，則把亲屬关系限于"宗亲"，正是避免在家庭中的法庭上發生法律冲突的一种必要保証。

"父权"本身因父的死而消灭，但"宗亲屬"則好像是一个模型，在"父权"消灭后还留着痕迹。这就是研究法律学史的人对"宗亲屬"感到有兴趣的所在。只有在比較少数的古代法律的紀念碑中可以看到"父权"，但是意味着父权存在的"宗亲"关系，則几乎到处都可以發現。屬于印度-欧罗巴祖先的各个共产体的土著法律，在其最古結构中，絕少不显示出明明可以归因于"宗亲屬"的特性的。例如：在含有濃厚家族依附这个原始观念的印度法中，亲屬关系是完全"宗亲"的，据我所知，在印度的家譜中，所有妇女的名字一般是完全略而不載的。对于亲屬关系的这种同样見解，在許多蹂躪罗馬帝国的各民族的法律中都普遍存在，眞好象是它們原始慣例的一部分；我們并且不妨猜想，如果不是后期罗馬法对現代思想所加的巨大影响，它在現代欧洲法律学中可能要比現在更永久地被保存着。"裁判官"很早就把"血亲屬"作为天然形式的亲屬关系，并不辞艰苦地想把旧的概念从他們的制度中清除出去。他們的观念傳給了我們，但"宗亲屬"的痕迹在許多現代的繼承法規定中仍旧可以看到。把女性及其子女排斥在政府职务之外，一般以为系由于撒利族法兰克人 (Salian Franks) 的慣例，但这当然是来自"宗

亲"关系，起源于古日耳曼对于自主財产的繼承規定。在英国法律中，只有到最近才被廢棄的那种特別規定，即禁止半血統兄弟相互繼承土地的規定，也可以在"宗亲"中找到解釋。在諾曼底（Normandy）的習慣中，这个規定只适用于同母異父（uterine）兄弟，也即是同母而不是同父的兄弟；这种限制，是严格地从"宗亲屬"制度中演繹出来的，因为在这个制度下，同母異父兄弟在相互之間根本不是亲屬。当它被帶到英格兰时，英国法官不了解原則的来源，把它解釋为只是一般地禁止半血統的繼承，并把它推用到同血統（consanguineous）兄弟，即同父異母的各个兒子。在一切虛伪法律哲学的文籍中，当以企圖对半血統的被排斥进行解釋并証明它是正当的布拉克斯頓的詭辯文章，最为突出。

我以为，由此可以看出这个由"家父权"結合起来的"家族"是全部"人法"从其中孕育而产生出来的卵巢。在"人法"的各章中，最重要的是有关妇女身分的一章。剛才說过，"原始法律学"虽不允許一个妇女把任何"宗亲屬"的权利傳給其后裔，但却把它本人包括在"宗亲"范圍之內。其实，一个女性同她所出生的家族之間的关系，应該比把她和男性亲屬結合在一起的关系更来得严格、密切和永久。我們曾几次說过，早期法律只着眼于"家族"；这也就是說，它只着眼于行使"家父权"的人；因此，它在父死之时解放其子或孙所依据的唯一原則，是在考慮这个子或孙有沒有使其本身成为一个新家族的首領和一套新"父权"的根子的能力。一个妇女当然不具有这种能力，因此也就不能有获得法律所賦与的自由的权利。所以古法律学用一种特殊的詭計把她終生留在"家族"的范圍中。这就是最古罗馬法中所謂"妇女終身监护"（Perpetual Tutelage of Women）的制度，在这个制度下面，一个"女性"虽因其父的死亡而从父权中解脫出来，但仍应繼續終身从屬于最近的男性亲屬；并以他作为其"监护人"。"終身监护制"（Perpetual Guardianship）

显然是不折不扣的"家父权"的一种人为的延長，虽然当时在其他方面，"家父权"已經被完全取消了。在印度，这个制度完整无缺地保存下来，并执行得非常严格，以致一个印度的母亲常常受着自己兒子的监护。甚至在欧洲所有斯干的那維亞各国有关妇女的法律一直到最近还保留着这种制度。西罗馬帝国的侵入者在土著慣例中都普遍具有这种制度。他們在"监护制"这个主題上所有的各式各样观念，实在是他們介紹到西方世界的各种观念中最退化的一种。但在成熟的罗馬法律学中，这种制度已完全消失。如果我們所能参考的只是查斯丁尼安所編纂的法律，则我們将几乎完全不知道有这样一个制度；但是該雅士手稿的發現讓我們看到了这个制度，正当它陷于完全丧失信用和瀕于消灭的这样一个最有趣的时代。这个偉大的法学專家斥責了一般用来替这个制度辯解的所謂女性智力低劣的說法，在他的著作中，并且有相当大的一部分用来說明罗馬法学家所提出以便"妇女們"能憑以打垮这古代規定的許多方法，其中有些是非常聪明的。这些法学專家在"自然法"理論的指导下，在这个时期明显地以两性平等作为其衡平法典的一个原則。我們可以看到他所攻击的各种限制是对于財产处分上的限制，因为在那个时候，妇女处分財产仍必須正式取得其监护人的同意。至于对她人身的支配权則显然早已廢棄了。

"古代法"把妇女从屬于她血統至亲，而現代法律学中的一个主要現象則是把她从屬于丈夫。这种变化的历史是值得注意的。这种历史的开始，远在罗馬的紀年史中。在古代，按照罗馬的慣例而締結婚姻的方式有三种，一种是用宗教仪式，另外两种是按照世俗仪式进行。宗教婚姻叫共食婚 (Confarreation)；高級形式的民事婚姻称为买卖婚 (Coemption)；低級形式称为时效婚 (Usus)，通过这些婚姻，夫对于妻的人身和財产取得了多种权利，总的說来，是超过現代法律学任何制度所賦与他的。然則，他究竟是憑什

么能力取得这些权利的呢?他不是以夫而是以父的能力。通过"共食婚"、"买卖婚"和"时效婚",妇女处在夫的监护下(in manum viri),也就是說,在法律上,她成了她丈夫的女兒。她被包括在夫的"家父权"中。她承担着在"家父权"存在时所产生的以及在"家父权"消灭后所遺下的一切义务。她所有的全部財产絕对地屬于夫所有,在他死亡后,她便受监护人的保护,监护人是由其夫用遺囑指定的。但是,这三种古代的婚姻形式逐漸廢棄不用,在罗馬最光輝灿烂的时期,它們几乎完全为另外的一种婚礼所代替——显然是旧式的,但到这时为止一向是被認为不体面的——,这是低級形式民間婚姻的一种变形。我毋庸詳細說明这在現在成为普遍流行的制度的專門結构,只須說明:在法律上妇女只是作为家族的一种暫时寄托物而已。家族所有的各种权利仍旧毫无損失,妇女繼續在她父所指定的监护人的保护之下,而监护人的支配权在許多实質問題上甚且超过其夫的低級权力。其結果,罗馬女性不論是已婚的或未婚的,在人身上和財产上都有巨大的独立地位,因为象我已經暗示过的,后期法律的趋势把监护人的权力逐漸縮减到零,而流行的婚姻形式也并沒有把补充的优越权給予其夫。但基督教似乎从开始时就有要縮小这种显著自由的傾向。具有这个新信仰的專家們最初由于对腐敗的邪教世界种种放蕩行为的正当嫌恶的引导,但后来则为禁慾主义的一种热情所催促,对于这事实上为西方世界所仅見的最松弛的一种婚姻关系,不表欢迎。最后期的罗馬法律由于它曾受到基督皇帝宪令的接触,带有反对这些偉大安托宁法学專家們自由学理的某种痕迹。当时流行的宗教情緒可以說明,經过蛮族征服的鎔爐鍛煉过并由罗馬法律学同宗法慣例混合而形成的近代法律学,为什么会在其雛形中过分地吸收一些不完全的文明社会中有关妇女地位的規定。在近代史开始的混乱时代,日耳曼和斯拉夫移民的法律对于地方臣民象是一个隔層那样重叠在罗馬法

学之上，这些优胜民族的妇女到处都是处在各式各样的古代监护制之下，丈夫要从他本族以外任何家族娶妻，为了从他們那里取得保佐权，就必須以一种聘金付給她的亲屬作为代价。当我們繼續向前进展看到中世紀时，法典已通过两种制度的合併而形成，其有关妇女的法律也就带有双重淵源的烙印。对于未婚女性，罗馬法律学的原则占了优势，一般（虽然对这規定在有些地方是有例外的）都已不受家族的束縛；但已婚妇女的地位則是根据蛮族的古代原則規定的，夫能以夫的身分把过去一度屬于妻的男性亲屬所有的各种权力取为己有，所不同的是他已不再是購买他的特权了。因此，到这时候，西欧和南欧的近代法律开始因这样一个主要特征而著名，就是一方面未婚妇女和寡妇比較有了自由，另一方面它又使妻子感到沉重无力。由于婚姻而使女性处于从屬地位，要經过很長时期才明显地消灭，欧洲这种野蛮主义的复活，其主要和有力的溶剂始終是来自查斯丁尼安法典化的法律学；因为凡是研究它的地方都必然地会喚起那热情，查斯丁尼安法典化的法律学隐秘地、但是最有效地損坏着它在表面上仅仅是要加以解釋的各种習慣、但是有关已婚妇女的一章法律，絕大部分不是根据了“罗馬法”而是根据了“寺院法”的見解来解釋的，“寺院法”对于因婚姻而創設关系所持的見解同世俗法律学的精神两者之間有着寬闊的距离，其程度較其他任何方面都来得明显。这多少是难以避免的，因为凡是保留着一些基督教制度这种彩色的社会，很少可能会使已婚妇女恢复中期罗馬法所賦与她們的个人自由，但是已婚女性在財产上沒有权力和其在人格上的沒有地位是建筑在完全不同的基础上的，而寺院法的釋义者所以深深阻碍了文明，就是因为他們把前者保存下来，并加以巩固。有許多迹象說明在世俗原則和教会原則之間，是曾經發生过斗爭的，但寺院法几乎处处都得到胜利。在有些法国省分中，等級低于貴族的已婚妇女取得了罗馬法律学所准許

的处分财产的全部权力，这种地方法律后来有大部分就为"拿破侖法典"所采納；但是苏格兰法律的情况表明，切实順从罗馬法学專家的学理并不一定能使妻的地位有所提高。不过对于已婚妇女最严厉的制度，或則是那些严格尊重"寺院法"的制度，或則是由于同欧洲文明接触較迟从未把他們的古制加以去除的制度。斯干的那維亚法律直到后来对于所有女性还是比較苛刻的，仍旧因为对妻的严峻而著名。英国普通法所規定的財产上的无能力，其严厉程度也并不稍逊，而英国普通法中絕大部分的基本原則，都是来自"寺院法学者"的法律学的。普通法中規定已婚妇女法律地位的那一部分，眞可以使一英国人对作为本章主題的偉大制度有一个明白的概念。我們只要回想一下純粹英国普通法所賦与丈夫的各种特权，并回想一下，在普通法还沒有經衡平法或制定法修正的部分中，在权利、义务和救济等各方面严格地堅持妻在法律上必須完全从屬的見解，我們将对古代"家父权"的运用和性質，获得一个鮮明的印象。最早的罗馬法和最晚的罗馬法之間，就在"父权下之子"这个主題上所存在着的距离，同普通法和衡平法院法律学就其分别对妻所作規定上存在的距离，可以視为完全相等。

如果我們看不到监护在两种形式上的眞正来源，而就这些論題采用了普通用語，則我們必然会以为，"妇女的保佐"果然是古代法律制度把停止权利的拟制推进到一个过分極端的例子，而古代法律制度为"男性孤兒监护"(Guardianship of Male Orphans)所設的規定則是恰恰方向相反的一种錯誤的例証。所有这类制度都規定在絕早的时期就終止男性的保佐。根据可以作为其典型的古代罗馬法的規定，因"父"或"祖父"死亡而免除"家父权"的家子，应仍处在监护之下，一般講到他十五岁的时候为止；但一到这个时候，他就能立刻完全享有人格和財产独立之权。因此，未成年的期間，是不合理地短促，正像妇女无权力的持續期間是荒謬地長久

一样。但是，事实上，在造成这两种监护原来形式的情况中，既沒有过分，也沒有不足的成分。在这两者之中，不論是哪一种都絲毫沒有考虑对公或对私的便利。男性孤兒的监护原只是为了庇护他們到解事的年龄，正像妇女的保佐，目的是在保护女性使不受其本身柔弱所造成的害处。父的死亡所以能使子免除家族束縛，其理由是为了子已有能力成为一个新的家族首領和一个新“家父权”的始創者；这类能力是妇女所沒有的，所以她就永远不能被解放。因此“男性孤兒监护”是一种手段，用以保持从屬于“父”家族的假象，到假定兒童能自成为父的时候为止。这就是把“家父权”延長到体力剛剛达到壮年时为止。因为严格的理論要求它应該作出这样的規定，直到青春期終了为止。但是，它既然并不要求把受监护的孤兒一直监护到智力成熟或适宜于处理事务的年龄，那就不能达到一般便利的目的；而这一層似乎是罗馬人在其社会进步的很早阶段就已經發覚的了。罗馬立法中最早的紀念碑之一是雷多利亞或柏雷多利亞法(Lex Lætoria or Plætoria)，它就把所有成年的和有完全权利的自由男性放在一种新型监护人称为保佐人(Curatores)的暫时管束之下，取得保佐人的認可是一切行为或契約有效的必要条件。青年人年龄达到二十六岁，是这个制定法所規定的监督的限期；罗馬法中所用的“成年”或“未成年”这些名詞，是專对二十五岁的年龄而言的。在現代法律学中，未成年或受监护已經几乎一致地被用为專門保护在体力上和智力上未成熟的少年人。在达到解事年龄时，未成年或受监护便自然終止了。但罗馬人对于体力幼弱的保护和对于智力幼稚的保护，分成在理論上和在形式上完全不同的两种制度。有关这两种制度的觀念，在近代的对监护的觀念中已合而为一。

“人法”中还有另外一章，現在有加以引述的必要。在成熟的法律学的各种制度中用以規定奴隶主和奴隶关系的法律規定，并沒

有很明显的迹象可以表明这种原始状态是古代社会所共有的。但是这种例外是有理由的。在"奴隶制度"中似乎始終有一些使人类为之震惊或困惑的东西，不論人类是如何的不習慣于回忆，不論人类道德天性的教养是进步得如何微少。古代共产体几乎是下意識地都要体驗到良心譴責，其結果往往会采用一些想象的原則为奴隶制度作辯护，或至少是作理性上的辯护的可能根据。在他們历史的初期，希腊人解釋这个制度的根据是因为某种民族智力低劣，从而天然地适合于这种奴役状态。罗馬人用了同样独特的精神，認为它是战胜者和战败者之間一种假定的合意，前者要求敌人永久为其服役；而后者以获得他在法律上已經丧失的生命来作为交換。这些理論不但不充分，并且也显然同它所想說明的实际情况不符。但这些理論在某些方面还有着巨大的影响。它們使"奴隶主"心安理得。它們永久保存了并且也許加深了"奴隶"的低下地位。它們自然有助于隐蔽奴隶同家族制度其他方面原来所有的关系。这种关系虽不明显，但在原始法律的許多部分中，特别是在典型的制度——即古罗馬的制度中，还是不經意地被表現出来的。

在美国，曾花了很多力量从事于研究早期社会中"奴隶"是否被認为"家族"中一个成員的問題。有这样一种看法，認为答案必然是正面的。从古代法和許多原始历史所提供的証据中，很明显，"奴隶"在某种条件下，是可以成为"奴隶主"的"繼承人"或"概括繼承人"(Universal Successor)的，这样重要的权力，像我将在"繼承"这一章中加以說明的，意味着"家族"的管理和代理在某种特殊情况下是可能遺傳給奴僕的。但在美国的論点中似乎有着这样的一个假定，即如果我們承認"奴隶制"曾經是一个原始的"家族"制度，这个确認实在就是意味着承認現在"黑奴制度"在道德上是有可以辯护的根据的。然則所謂"奴隶"原来就包括在"家族"之內，究竟是什么意思呢？这并不是說奴隶的地位不可能是激动人們行动的

最卑鄙动机的产物。"奴隶制"的基础无疑是出于这种簡單的願望，就是利用他人的体力以为圖謀自己舒适或安乐的一种手段，而这是象人类天性一样地古老的。当我們説"奴隶"在古时候就包括在"家族"之內，我們并不是企圖説明那些把他带到"家族"里并把他留在那里的人們的动机；我們仅仅是在暗示，把他同奴隶主連結起来的約束，和把集团中每一个成員同族長結合在一起的約束，是屬于同样的一般性質的。我們在前面已提到过，在人类原始观念中，除了家族关系之外，不可能理解在各个个人相互之間可以有任何关系，事实上，上述的后果就是来自这个一般的确言。"家族"首先包括因血緣关系而屬于它的人們，其次包括因收养而接納的人們；但是还有一种第三类的人，他們只是因为共同从屬于族長而参加"家族"的，这些人就是"奴隶"。族長所出生的和收养的臣民被放在"奴隶"之上，因为按照事物正常的發展，他們迟早一定会从約束中被解放出来，行使他自己的权力；至于"奴隶"，他并不因为地位低微而被放在家族范圍之外，也不因为他地位低微而使他降低到无生命的財产那样的地位，我以为，这是可以从遺留下来的許多迹象中明显地証明的，象在沒有其他办法时古代奴隶可以有繼承的能力，就是証明之一。但如果妄自推測，以为在社会的啓蒙时期，因为在"父"的王国中曾經为他保留过一定的地位，所以"奴隶"的命运就可以大大改善，这当然是極端不妥当的。比較可能的情况是，家子在实际上已經被同化为"奴隶"，而不是"奴隶"分享着較晚的时代父对其子所表示的那种溫情。但是对于那些比較进步的和成熟的法典，我們可以有信心地説，凡是准許有奴隶制度的場合，在那些保留着奴隶早期状态某种殘余的制度下面的"奴隶"，一般要比采用使他社会地位降低的其他理論的制度下面的"奴隶"好一些。法律学对于奴隶所持的观念，对于奴隶始終有着巨大的关系。罗馬法由于受到了"自然法"理論的影响，把他日益看作为一

件财产的趋势得以停止發展，从而凡是深受罗馬法律学影响并准許有奴隶的地方，其奴隶的状态从来不是悲慘得难堪的。我們有大量的証据，証明在美国凡是以高度罗馬化的路易斯安那州法典(Code of Louisiana)为其法律基础的那些州中，黑种人的命运及其前途，在許多重大方面都比以英国普通法为其基础的制度之下的要好得多，因为根据最近的解釋，在英国普通法上"奴隶"是沒有眞正的地位的，因此也就只能被認为是一种物件。

到現在为止，我們已經研究过屬于本文范圍之內的有关古代"人法"的各个部分，而研究的結果，我相信，能使我們对于法律学初生时期所有的看法，有进一步的明确。各国的民法，在其最初出現时，是一个宗法主权的"地美士第"，我們現在并且可以看到这些"地美士第"也許只是更早期人类状态中每一个独立族長可能向他妻、子以及奴隶任意提出的不負責任的命令的一种發展形式。但是甚至在国家組織形成之后，法律的使用仍旧是極其有限的。这些法律不論是保持着像"地美士第"的这种原始形态，也不論是已經进步到"習慣或法典化条文"的状态，它的拘束力只及到各"家族"而不是个人。用一个不完全貼切的对比，古代法律学可以譬作"国际法"，目的只是在塡补作为社会原子的各个大集团之間的罅隙而已。在处于这种情况下的一个共产体中，議会的立法和法院的审判只能及到家族首長，至于家族中的每一个个人，其行为的准則是他的家庭的法律，以"家父"为立法者。但民法的范圍在开始时虽然很小，不久即不断地逐漸扩大。改变法律的媒介即拟制、衡平和立法，依次在原始制度中發生作用，而在每一个發展过程中必有大量的个人权利和大量的財产从家庭审判庭中移轉到公共法庭的管轄权之內。政府法規逐漸在私人事件中取得了同在国家事务中所有的同样的效力，已不再被每一个家庭中奉为神聖的暴君的严命所廢棄了。通过罗馬法的紀年史，我們可以看到有关一个

古代制度逐渐被摧毁以及把各种材料再度結合起来而形成各种新制度的几乎全部的历史，这些新的制度，有的被保持原状一直傳到了現代世界，也有的由于在黑暗时期和蛮族相接触而被消灭或腐蝕，最后才又为人类所恢复。当这个法律学在查斯丁尼安时代經过了最后一次改編后，除了为活着的"家父"仍旧保有广泛权力的唯一条款以外，其中已很难找到古代制度的迹象。到处都以便利的、匀称的或單純的原則——总之，是新的原則——来代替能滿足古代良心的空洞考虑的权威。到处都以一种新的道德来代替同古代慣例相一致的行为准則和順从理由，因为在事实上，这些准則和理由都是从古代慣例中产生的。

所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动發展的过程中，其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增長。"个人"不断地代替了"家族"，成为民事法律所考虑的單位。前进是以不同的速度完成的，有些社会在表面上是停止不前，但实际上并不是绝对停止不前，只要經过縝密研究这些社会所提供的各种現象，就可以看到其中的古代組織是在崩潰。但是不論前进的速度如何，变化是絕少受到反击或者倒退的，只有在吸收了完全从外国来的古代观念和習慣时，才偶尔發生显然停滞不前的現象。我們也不难看到：用以逐步代替源自"家族"各种权利义务上那种相互关系形式的，究竟是个人与个人之間的什么关系。用以代替的关系就是"契約"。在以前，"人"的一切关系都是被概括在"家族"关系中的，把这种社会状态作为历史上的一个起点，从这一个起点开始，我們似乎是在不断地向着一种新的社会秩序状态移动，在这种新的社会秩序中，所有这些关系都是因"个人"的自由合意而产生的。在西欧，向这种方向發展而获得的进步是显著的。奴隶的身分被消灭了——它已为主僕的契約关系所代替了。在"保佐下妇女"的身分，如果她的保佐人不是夫而是其他的人，也不再存

在了；从她成年以至結婚，凡是她所能形成的一切关系都是契約关系。“父权下之子”的身分也是如此，在所有現代欧洲社会的法律中它已經沒有眞正的地位。如果有任何民事責任加于“家父”和成年之子，使他們共同受到它的約束，則这样的責任只可能通过契約而后才能具有法律效力。有一些显然的例外，而这种例外的性質适足以証明这个規定。在解事年龄以前的子裔，在监护下的孤兒，經宣告的瘋癲病人，都在“人法”上規定了他們在某些方面是有能力的，在某些方面是无能力的。究竟为什么要有这些規定呢？在各种不同制度的傳統用語中，所提出的理由虽然是各不相同的，但是在实質上，各种說法所具有的效果却是完全一致的。絕大部分法学家都一致承認这样一个原則，他們都認为上述各类人所以应受外来的支配，其唯一理由是在于他們本身不具有为其自己利益而作出决定的能力；換言之，他們缺乏用“契約”而达到定約的必要条件。

“身分”这个字可以有效地用来制造一个公式以表示进步的規律，不論其价値如何，但是据我看来，这个規律是可以足够地确定的。在“人法”中所提到的一切形式的“身分”都起源于古代屬于“家族”所有的权力和特权，并且在某种程度上，到現在仍旧带有这种色彩。因此，如果我們依照最优秀著者的用法，把“身分”这个名詞用来仅仅表示这一些人格状态，并避免把这个名詞适用于作为合意的直接或間接結果的那种状态，則我們可以說，所有进步社会的运动，到此处为止，是一个“从身分到契約”的运动。

第六章 遺嘱繼承的早期史

我們在英国研究"法律学"，如果想要表示出历史的研究方法的优越性，超过其他流行在我們中間的任何方法，則"遺命"(Tes-taments)或"遺嘱"(Wills)在"法律"的一切部門中，是一个最好的例子。它所以具有这种性能是由于它的內容多、时間長。它的历史，在社会状态很幼稚的时期就开始了，当时所有的各种概念，由于其形式古老，須要費些心力才能加以理解；而在其發展过程的另一个極端，即現在，我們又有这样許多法律观念，这些法律观念成为現代語法和思想習慣所隐蔽的一些同样的概念，因此也就遇到另外一种困难，就是难以相信那些作为我們日常知識的各种观念，究竟是否眞的需要加以分析研究。"遺嘱法"的發展正在这两个極端之間，是可以追溯得很清楚的。和多数其他部門的法律史不同，它在封建制度产生的时代很少受到阻碍。眞的，就法律的所有部門而論，所謂它們曾由于古代史和近代史間的划分而引起了中断，或者换言之，曾由于罗馬帝国的解体而引起了中断，这个說法实际上是大大地誇張了的。許多著者，只是由于懶惰，不願費一些力量在六百多年的混乱中从迷惑和模糊的里面寻求联系的線索，至于其余的研究者，虽然不是天然地缺乏耐性和勤奋，但由于他們对自己国內法律制度怀有无謂的自尊心，不願承認它曾受惠于罗馬法律学，他們就被引入了歧途。但这些不利的势力，对"遺嘱法"領域中發生的影响比較少。蛮族对于所謂"遺嘱"的概念，显然是生疏的。权威学者一致同意，他們在本土和以后在罗馬帝国边境居留地上所实行的各种包括他們習慣的成文法典的有关部分中，完全沒有"遺嘱"的痕迹。只有在他們和罗馬各省人民混合在一起

以后，他們才从帝国法律学中吸取了“遺囑”的概念，在开始时只是一部分，到后来才被全部采納。教会的影响对于这次迅速同化有很大关系。教会势力很早就繼承了有些邪教神庙所享有的那些保管和登記“遺命”的特权；甚至在这样早的时候，宗教基金中的現世所有物几乎完全来自私人遺贈。因此，最早的“省議会”（Provincial Councils）的命令对于否認“遺囑”神聖性的人都有革出教門的規定。在我們这里，在英国，一般都認为阻止“遺囑法”史中断的主要原因之一当然是由于教会的影响，这种中断有时被确信曾在其他部門的“法律学”史中發生过。有一类“遺囑”的管轄权过去曾被委託給“宗教法院”，这些法院虽然并不始終是明白地、但却的确适用着罗馬法律学的原則；并且，虽然“普通法院”或“衡平法院”都并沒有必須遵照“宗教法院”的任何义务，但它們对这在它們旁边适用的一套明确規定的制度，終不能逃避其有力影响。英国的人格遺囑繼承法就成了过去罗馬公民遺产处分所遵循的宗規的一种变形。

用历史方法来研究这个問題时我們所能得到的結論，和不依靠历史而單憑表面（primâfacie）印象进行分析时所得到的結論，两者之間的極端不同是不难指出的。我認为，不論从一个“遺囑”的通俗概念出發，或是从它的法律概念出發，沒有人会不想象到：凡是“遺囑”必附有某种特性。例如，他可能会說，一个“遺囑”必須只有在死亡时才能發生效力——它是秘密的，它里面所規定的有利害关系的人們是必然地不应該知道的——它是可以取消的，即始終可以为一个新的遺囑行为所代替的。但是，我可以証明，在某一个时期，一个“遺囑”完全沒有这些特征。我們的“遺囑”直接来自“遺命”，而“遺命”在最初是一經执行立即有效的；是不秘密的；是不可取消的。事实上，在所有法律媒介中，沒有一种历史媒介的产物要比人們用書面意志来控制其死后的財产处分更为复

杂的了。“遺命”很迟緩地但是逐漸地把我在前面所說的各种特性聚集在其周圍；造成这种情况的原因是完全偶然的，并且也是在偶然的事物压力之下完成的，这些原因和事物压力除了曾影响过法律的历史以外，对于我們目前已經是沒有什么利害关系的了。

在法律理論远比現在为多的一个时期中——誠然，这些理論的絕大部分是毫无价值的和十分不成熟的，但是这些理論却仍旧把法律学从我們并非是不知道的、比較恶劣的和比較拙劣的情况下挽救了出来，在当时的情况中，我們不能希望有象概括这一类的东西，而法律也被仅仅認为是一种經驗的产物——对于我們在直覺上能立即和显然地感到的一个“遺嘱”所具有的某些特性，当时在进行解釋时所采取的流行說法是：这些特性是它天然就有的，或者，說得具体一些，是由“自然法”附着于它上面的。我以为，在一度認定所有这些特征的淵源都在历史的記忆中，可能就不会有人主張这样一个学理了；同时，这个学理所自来的理論，其遺迹尙殘存于我們所習用并且也許还不知如何加以舍棄的表現形式中。我可以用十七世紀法律文籍中一个共有的論点来說明这种情况。当时的法学家很普遍地認为“立遺嘱”权力的本身是来自“自然法”的权力，是由“自然法”所賦与的一种权利。他們的学說虽然并不是所有的人都能立即看到其联系的，但实質上，这些学說确在后来为这些人所取法，他們主張：指定或控制死亡后財产处分的权利是財产所有权本身的一种必然的或自然的結果。每一个法律学者也一定还遇到过表現在一个相当不同的学派的語句中的这个同一的見解，这个見解在說明这一部門法律的原理时，認为遺命繼承(Succession ex testamento)是死亡者財产应該首先遵照的移轉方式，然后再进而說明法定繼承(Succession ab intestato)是立法者的偶然規定，以履行由于死亡的財产所有者因疏忽或不幸而未执行的一种职能。这些意見，实际上就是所謂遺嘱处分是“自然

法”的一个制度这种比較扼要的学理，表現于詳尽的方式中而已。当近代思想非难“自然”和“自然法”时，究竟它所联想的范圍如何，如果要武断地加以認定，当然是决不妥当的；但我以为，大多数主張“遺囑权”是来自“自然法”的人們，他們的意思，可能或者是認为这种权力在事实上普遍存在的，或者認为这种权力由于一种原始的本能和冲动的推动而为各国所一致承認。对于上述論点中的第一点，我認为，当它经过这样明显的说明后，是决不能認为滿意的，特别是在这样一个时期中，当我們可以看到拿破侖法典(Code Napoléon)对于“遺囑权”有着許多严格的限制，同时也可以看到以这个法兰西法典为范本的各种制度正在一天天地增加。对于第二种說法，我們也必須加以反对，因为这是違背了早期法律史中最最可靠的事实的，并且我敢于一般地断定，在所有自然生長的社会中，在早期的法律学中是不准許或是根本沒有考虑到过“遺囑权”的，只有在法律發展的后来阶段，才准許在多少限制之下使財产所有者的意志能胜过他血亲的請求。

所謂“遺囑”或“遺命”这个概念是不能單从它本身来考虑的。它是一系列概念中的一个概念，并且还不是第一个概念。就其本身而論，一个“遺囑”仅仅是遺囑人用以宣告其意思的工具。我以为，在討論这一个工具前，有几个問題必須首先加以研究——例如，从一个死亡者在死亡时所轉移的究竟是什么，究竟是哪一类的权利或利益？轉移給誰，用什么形式？以及为什么死亡者被允許在死后来支配其財产的处分？如果用术語来表示，则和一个“遺囑”观念有关联的各种概念，它們的依附关系是应該这样表示的。一个“遺囑”或“遺命”是一种工具，繼承权的移轉即通过这个工具而加以規定。繼承权是概括繼承的一种形式。概括繼承是繼承一种概括的权利(universitas juris)，或权利和义务的全体。把这个次序顚倒过来，我們就必須研究什么是概括的权利；什么是概括繼承；被

称为一个繼承权的概括繼承，它的形式究竟是怎样的。此外还有两个問題，虽然在某种程度上和我所要討論的各点是并不相关的，但为了澈底了解"遺囑"这个主題，却是必須加以解决的。这两个問題就是，为什么一个繼承权在任何情况下都要由遺囑人的意志来支配，以及用以控制繼承权的工具，它的性質究竟是什么？

第一个問題和概括的权利有关；即和一个全体的(或一羣的)权利和义务有关。所謂概括的权利是各种权利和义务的集合，由于在同一时候屬于同一个人这种唯一情况而結合起来的。它好比是某一个特定的个人的法律外衣。它并不是把"任何"权利和"任何"义务湊合在一起而形成的。它只能是屬于一个特定人的一切权利和一切义务所組成的。把这样許多財产权、通行权、遺贈权、特种清偿义务、債务、損害賠偿責任——把这样一些法律权利和义务結合在一起而成为一个概括的权利的紐带，是由于它們附着于某一个能够行使这些权利和义务的个人的这一种事实。沒有这一个事实，就沒有权利和义务的全体。概括的权利这个用語不是古典的，但法律学有这个观念，应該完全归功于罗馬法；同时这个用語也不是完全难于捉摸的。我們应該設法把我們每一个人对世界上其余人的全部法律关系，聚集在一个概念之下。不論这些法律关系的性質和构成是怎样，这些法律关系在集合起来后，就成为了一个概括的权利；只要我們仔細記着，在这个用語中不但应該包括权利并且也应該包括义务，則我們对于这个观念就很少有誤解的危險。我們的义务可能超过我們的权利。一个人可能欠得多而値得少，因此，如果他的总的法律关系用金錢价値来衡量，他可能是一个所謂破产者。但就以他为中心所包含的全部权利和义务而論，这依然是一个"概括的权利"。

其次我們要研究"概括繼承"。概括繼承就是繼承一种概括的权利。当一个人接受了另外一个人的法律外衣，在同一个时候一

方面承担其全部义务，另一方面享有其全部权利时，就發生概括繼承。为了使这个概括繼承眞实和完全，轉移必須象法学家所說的那样一次（uno ictu）实行。当然，可以想象，一个人可以在不同时期取得另外一个人的全部权利和义务，例如通过連續購买；他也可以用不同身份来取得这些权利和义务，部分由于是繼承人，部分由于是买受人，部分由于是受遺贈人。但是，虽然这样組合起来的一羣权利和义务在事实上确等于一个特定人的全部法律人格，但这种取得不能作为一个概括繼承。要有一个眞正的概括繼承，轉讓必須是对全部权利和义务在同一时候一次进行，同时受領人也必須以同一法律身分来接受。一个概括繼承的观念正如一个概括的权利的观念，在法律学中是永久的，虽然在英国法律制度中，由于取得权利的身分是多种多样的，尤其是由于英国财产上“不动产”和“动产”两大部分之間的区分，这个观念給模糊了。在破产的情况下，一个受讓人繼承破产者全部財产，是一种概括繼承，虽然受讓人只就遺产的限度淸偿債务，但这只是对原来观念的一个修正形式。如果在我們中間有人承受一个人的全部財产以偿付其全部債务作为条件，則这类移轉就和最古罗馬法中所謂概括繼承完全类似。当一个罗馬公民收养一个养子，就是說把原来不在“家父权”下的人收納为其养子，他就概括地繼承其养子的財产，也就是說他取得了养子全部财产和承担了其养子全部义务。在原始“罗馬法”中还發現有几种其他形式的概括繼承，但其中最重要和最持久的一种，是我們所最直接关心的“汉来狄塔斯”（Hæreditas）或“繼承权”。“繼承权”是在死亡时發生的一种概括繼承。概括繼承人是“汉来斯”（Hæres）或“繼承人”。他立即取得死亡者的全部权利和全部义务。他立刻取得了他的全部法律人格，并且不論他由于“遺囑”提名，或是根据“无遺囑”（Intestacy）而繼承，“汉来斯”的特殊性質保持不变，这是无須贅述的。“汉来斯”这个名詞可

以用于"无遺囑繼承人",也可以用于"遺囑繼承人",因为一个人成为"汉来斯"的方式和他所具有的法律性質本来是毫无关系的。死亡者的概括繼承人,不論是由于"遺囑"或由于"无遺囑",統是他的"繼承人"。但是"繼承人"不一定是一个人。在法律上被視为一个單位的許多人,也可以作为"繼承权的共同繼承人"(Co-heirs)。

我現在引述罗馬人通常对于一个"繼承权"所下的定义，讀者就能够理解这些各别名詞的全部含意。"繼承权是对于一个死亡者全部法律地位的一种繼承"(Hæreditas est successio in universum jus quod defunctus habuit)。意思就是說,死亡者的肉体人格虽已死亡,但他的法律人格仍旧存在,毫无減損地傳給其"繼承人"或"共同繼承人",(以法律而論)他的同一性在其"繼承人"或"共同繼承人"身上是延續下去的。在我国法律中,把"遺囑执行人"作为死亡者个人遺产范圍內的代表一条可以用来例証它所自来的理論,不过它虽然能例証，但却仍不能对这个理論加以說明。甚至后期罗馬法,倘認为在死亡者和其繼承人之間,必須有密切相当的地位,但英国的一个代表人就不具有这一种特点;同时在原始法律学中，一切东西都依賴着繼承的延續。除非在遺囑中規定着遺囑人的权利和义务应該立即移轉給"繼承人"或"共同繼承人",遺命就丧失其效力。

在近代遺囑法律学中,象在后期罗馬法中一样,最重要的目的是在执行遺囑人的意志。象古罗馬法律中,相应关心的主題是"概括繼承"的授与。在这些規定中,有一些在我們看来是一种来自常識的原則，但另外一些則看上去很象是一个无謂的幻想。不过如果沒有其中第二类的規定,則第一类的規定便将无从产生,这是任何这一类的命題所必然如此的。

为了要解决这显然的矛盾，并使我想說明的一系列观念更为清楚起見，我必須借用前一章开始部分中所作研究的結果。我們

在社会的幼年时代中，發現有这样一个永远显著的特点。人們不是被視为一个个人而是始終被視为一个特定团体的成員。每一个人首先是一个公民，然后，旣是一个公民，他必是阶級中的一个成員——屬于一个貴族阶級的成員或是屬于一个平民阶級的成員；或是，在有一些社会中，由于时运不佳而在其發展的过程中遭受到了特殊的逆轉，他就成了一个族籍的成員。其次，他是一个氏族、大氏族或部族的成員；最后，他是一个家族的成員。这最后的一类是他所处身的最狹小的最个人的关系；这看上去好象是矛盾的，但他絕不把他自己看成为一个各別的个人。他的个性为其家族所吞沒了。我重复一遍前面已經說过的对于一个原始社会的定义。作为社会的單位的，不是个人，而是由眞实的或拟制的血族关系結合起来的許多人的集团。

我們第一次發現有关概括繼承的迹象，正是一个未开化社会的特点之一。原始时代的共和国和一个近代国家的組織不同，在原始时代的共和国中，包括了許多小的專制政府，每一个政府相互之間各不相关，每一个政府都处于一个唯一的君主特权的絕对統治之下。但是，虽然“族長”〔我們在这时候还不应称他为“家父”(Pater-familias)〕有这样广泛的权利，但我們决不能就認为他負担着同样广大的义务。如果他管理一家，这是为了家族的利益。如果他是所有物的主人，他是作为兒女和亲族的受託人而持有的。除去由于他統治着小国家的关系而賦与他的权力和地位以外，他沒有任何其他特权或特殊地位。一个“家族”在事实上是一个“法人”，而他就是它的代表，或者我們甚至几乎可以称他为是它的“公务員”。他享有权利，負担义务，但这些权利和义务在同胞的期待中和在法律的眼光中，旣作为他自己的权利和义务，也作为集体組織的权利和义务。我們不妨在这里研究一下，当这样一个代表在死亡时所可能产生的結果。在法律的眼光中，根据民事高級官吏

的看法，族長的死亡是一个全然无关紧要的事件。因为結果只是代表家族集体組織和对于市政审判权負有主要責任的人，換一个名字而已。所有原来依附于死亡的族長的种种权利和义务，将毫无間断地依附于其繼承人；因为，在事实上，这些权利和义务是家族的权利和义务，而家族則分明具有一个法人的特性——它是永生不灭的。債权人对新的族長象对旧的族長一样，可以要求同样的补偿，因为这种責任既然是仍旧存在的家族的責任，自将絕对不变。在族長死亡后，家族所有的一切权利将和他死亡前所有的完全相同，除了这法人——如果对这样早的时代眞能够恰当地运用这样精确而專門的用語——必須用一个略微有变动的名字来依法要求以外。

如果我们要了解社会是怎样逐漸地和緩慢地分解而成为它現在所由构成的合成原子的——是經过了怎样的不知不覺的程序才以人和人的关系来代替个人和家族以及家族和家族相互之間的关系的，那我們就得探究法律学历史的全部过程。現在所应注意之点是，縱使革命已經显然完成，縱使高級官吏已經在很大程度上代替了"家父"的地位，民事法庭已代替了家族法庭，但是，司法当局所管理的全部权利和义务仍旧受到已經廢棄的特权的影响，并在每一个部分中都带有这些特权的色彩。因此，毫无疑問，被罗馬法律用全力坚持作为遺囑或无遺囑繼承首要条件的"概括的权利"的移轉，是一个比較古老的社会的一个特点，这特点是人們的思想无法把它和新社会分离开来的，虽然它和較新的局面之間是并沒有眞正的或适当的联系的。一个人在法律上的生存得在其繼承人或許多共同繼承人身上延長，这在实質上似乎就等于把家族的一个特征通过拟制而移轉給个人。法人中的繼承必然是概括的，而家族是一个法人。法人永生不灭。个別成員的死亡对于集体的总的生存毫无关系，并且也决不会影响到集体的法律附带、其能力或

其責任。这样，在罗馬人所謂概括繼承的这个观念中一个法人所有的这一切性質，似乎都被移轉給个人公民了。他肉体的死亡可以絲毫不影响他所占有的法律地位，其所根据的原則显然是：他的地位应該尽可能和一个家族的地位相类似，而一个家族既有着法人的性質，是不会發生肉体死亡的。

我注意到在大陆法学家中，对于混杂于概括繼承中的各种概念之間的联系，在理解其性質时，絕少不感到很大的困难的，同时在法律学中，一般講起来恐怕也沒有一个主題像他們就这个主題上所作的純理論那样缺少价值。但英国法学者就我們現在正在研究的观念所作的分析，应該不会有錯誤的危險。在我們自己的制度中有一种为所有法律家都熟悉的拟制，能用来很好地說明它。英国法学家把法人分为"集合法人"（Corporation aggregate）和"單一法人"（Corporation sole）。一个"集合法人"是一个眞正的法人，但一个"單一法人"則是一个个人，是一系列的个人中的一个成員，通过拟制而賦与一个"法人"的性質的。例如，国王或一个敎区中的敎区長就是"單一法人"的例子。在这里，当考虑到他的权能或职位时，是和随时可以据有这种权能或这个职位的各別的人不相牵涉的，同时，由于这种权能是永久的，因此据有这种权能的一系列的个人便也帶着"法人"所有的主要屬性——即"永久性"。在罗馬法的較古理論中，个人之与家族，正和英国法律学的原理中一个"單一法人"之与"集合法人"的关系，完全相同。这两种观念的由来和联系是完全相同的。事实上，如果我們認为就罗馬遺囑法律学而論，每一个个人公民就是一个"單一法人"，則我們将不但能充分理解一个繼承权的全部概念，并且将能完全掌握这概念所自来的假定的綫索。我們有这样一个格言，国王是一个"單一法人"，他永生不灭。他的权能应立即为其繼承人所塡补，而統治权的延續也就視为未經中断。对于罗馬人，把死亡的事实从权利和义务的

移轉中排除掉，似乎也是同样簡單和自然的过程。遺囑人在其繼承人或在許多共同繼承人中繼續生存下去。在法律上，他和他們是同一个人，如果有任何人在其遺囑处分中違背了把他的实际生存和他的死后生存結合起来的原則，縱使这种違背仅仅是出于推定的，法律也就将認为这个遺囑有瑕疵而予以排斥，并把繼承权給与其血亲族，至血亲族所以能具有符合繼承人条件的权能，是由法律本身的規定，而不是由可能会有錯誤的任何証件所賦与的。

当一个罗馬人在死亡时沒有遺囑或沒有有效的"遺囑"，他的卑亲屬或亲族就将根据下述亲等而成为其繼承人。繼承的人或許多人不仅仅代表着死亡者，根据剛才所談到的理論，他們并且繼續着他的民事生活、他的法律生存。当繼承的順序是由"遺囑"决定时，也可以得到同样的結果，但是死亡者和其繼承人之間有同一性的原理，当然比任何形式的"遺命"或任何种遺囑法律学要古老得多。这里，应該恰当地提出一个問題，这个問題将因我們对这主題探究得愈深入而对我們發生愈大压迫力——如果不是由于和概括繼承有关联的这些显著观念，那末遺囑是否就根本不会出現了呢？遺囑法所适用的原則是可以用多种多样的似是而非的哲学假設来說明的；这个原則和現代社会的每一个部分交織着，并且可以用广泛的一般便宜来作为辯护它的根据的。但是在这里，必須再一次地重复我們的警告，即如果以为，目前我們为維护一个現存制度而持有的那些理由，必然地和这个制度产生时所有的情緒有其共同之处，这是不对的，这种印象是法律学上各种問題發生錯誤的最大根源。可以断言，在古罗馬"繼承法"中，遺囑或遺命这个观念是和一个人死后生存于其繼承人人格中的理論，不能分解地糾纏在一起的，我甚至可以說，是混和在一起的。

概括繼承这个概念虽然在法律学中已經根深蒂固，却并不是为每一种法律的編制者自發地想到的。在可以發現有这种概念的

地方，都显示出它是来自罗馬法；跟着它一直傳下来的有許多以“遺命”和“遺贈”为主題的法律規定，这些規定为現代实务者所应用，竟完全沒有覺察到它們和其原来理論的关系。但是，在純粹罗馬法律学中，一个人在其繼承人身上繼續生存的原則——如果我們可以这样說，根本消灭死亡的事实——是遺囑繼承和无遺囑繼承全部法律所环繞的中心，这是非常明显而不致發生誤解的。罗馬法强迫服从这个有势力的理論，其堅决严厉的程度就足以說明，这个理論是由罗馬原始社会組織中生長出来的；在这个推定之外，我們并且还有更好的証据。在罗馬最古的“遺囑”制度中恰巧有某些术語偶然地被保存到現在。在該雅士的著作中，我們看到概括繼承所借以創設的授受公式。我們看到古代的名称，通过了这个名称，一个后来被称为“繼承人”的人被預先給指定了。在“十二銅表法”中我們并且还有明白承認“遺命”权的著名条款，而規定“无遺囑繼承”的条款也被保存着。所有这一切古代的名言中，都有一个显著的特点。它們一致表示，从“遺囑人”轉移給“繼承人”的是家族，也就是包括在“家父权”中和由“家父权”而产生的各种权利和义务的集合体。在所有的三个例子中都完全沒有提到物質財产；在其余两个例子中，物質財产被明白地称为“家族”的附屬物或附屬品。因此，原始的“遺囑”或“遺命”是一个手段，或者(因为在开始时可能不是成文的)是一种程序，而家族的移轉就是根据了这个規定而进行的。这是宣告誰有权来繼承“遺囑人”为族長的一种方式。当我們对于“遺囑”的原来目的作出这样的理解，我們也就立即可以看到为什么“遺囑”会同古代宗教和法律最古怪遺物之一的家祭(sacra)联系在一起。这些家祭是一种罗馬形式的制度，凡是沒有完全解脫原始形态的社会都有这种制度。家祭是用以紀念家族同胞之誼的祭祀和禮仪，是家族永存的誓約和見証。不論家祭的性質如何——所謂在一切情形中家祭都是对某些荒誕无稽的祖先

的崇拜，不論这話是否眞实——它們在各处都被用来誓証家族关系的神聖性；因此每当家族族長本人發生变化危及"家族"的延續生存时，家祭就显得特别重要。因此，在家族統治者死亡时，人們更常提到家祭。在印度人中，繼承一个死亡者財产的权利，是和履行其葬仪的責任相輔而行的。如果葬仪沒有被按祇履行或者不是由适当的人来履行，則在死亡者和在生存者之間不能認为已經建立了任何关系；"繼承法"就不能适用，沒有人能繼承遺产。在一个印度人的一生中，似乎每一椿大事都和这些祭仪有关。如果印度人結婚了，是为了要有子女，在他死亡后祭祀他；如果他沒有子女，他就有最大的責任从其他家族中收养一个子女，"其目的是在"，根据印度博士的說法，"获得葬餅、水和庄严的祭祀"。西塞罗时代罗馬家祭所保存的范圍，也并不小于印度。它包括了"繼承权"和"收养"。如果对养子原来的家族不举行适当的家祭，則不能进行"收养"；如果祭仪的費用不在各个共同繼承人中严格地平均分攤，則不准根据"遺命"来分配一个"繼承权"。我們最后一次看到这家祭的时代的罗馬法，和現存印度制度之間所存在的差別，是非常有益的。在印度人中間，法律中的宗教成分获得了完全的优势。"家族"祭祀成了一切"人法"和大部分"物法"的基石。祭祀甚至經过異常的扩大，因为，在一种常常伴随着祭祀的观念的印象影响之下，認为人类血液是一切祭品中最可珍貴的祭品，印度人就在原始的家祭上作了一些补充，認为寡妇在丈夫的葬仪中应該以身殉葬，这个实踐为印度人繼續实行到有史时期，并且在几个印度-欧罗巴人种中亦都見諸于傳說。在罗馬人方面則恰恰与此相反，法律責任和宗教义务已不再攙杂在一起。举行庄严家祭的必要性已不再成为民事法律理論的一部分，它們改屬"教長会"(College of Pontiffs)的各别管轄之下。在西塞罗給阿提格斯(Atticus)的許多信中充滿了有关家祭的提示，使我們深信不疑家祭已在"繼承

权”上构成了一种难以容忍的重担；但到这个时候，在發展上已經超过了法律从宗教分离出来的时期，而我們所期待着的是家祭从后期法律学中全部消失不見。

在印度法律中，沒有一个所謂眞正的“遺囑”的东西。“遺囑”所处的地位为“收养”所占据着。在这里我們可以看到“遺囑权力”和“收养能力”的关系，以及为什么这两者之一的行使都可能引起要履行家祭的一种特殊渴望。“遺囑”和“收养”都威胁着要歪曲“家族”承襲的正常进程，但当亲族之中沒有人能繼承的时候，它們显然都是避免承襲的完全中断的手段。在这两者之中，用人为的方法来創設血亲关系的“收养”是在大部分古代社会中自發地产生的一种手段。印度人无疑地在古代的实踐上前进了一步，即准許寡妇收納养子，如果丈夫忽略了这样做；只在孟加拉的地方習慣中，隐約有一些“遺囑权力”的痕迹。但是首創这个对人类社会的轉化具有巨大影响(仅次于“契約”)的“遺囑”制度这一項功劳，主要应該归屬于罗馬人。我們必須注意，切不可以把在晚近时代它所具有的職能，認为在其最早形态中就已經具备的了。在开始时，它并不是分配死亡者財产的一种方式，而是把家族代表权移轉給一个新族長的許多方法中的一种。无疑地財产已傳給其“繼承人”，但这些是因为公有財产处分权是随着家族統治权的移轉而移轉的。我們还沒有到达“遺囑”史上的这一个阶段，即“遺囑”已成为变更社会的有力工具，即一方面它們刺激着財产的流轉，另一方面它們在財产所有权中产生了可塑性。甚至最后期的罗馬法学家，似乎也沒有在实际上把这些后果和“遺囑权力”联系起来。在罗馬社会中，从沒有把“遺囑”視为分离“財产”和“家族”的一种手段，或作为創設許多各式各样利益的一种手段，而是作为使一个家族的成員都能得到比在“无遺囑”繼承規定下所能获得的更好的供应的一种方法。我們可能要發生这样一个疑問，即当时一个罗馬人对于立遺

囑的实踐所有的想法和我們今天所熟悉的想法究竟是不是極端地不同的。把“收养”和“立遺囑”作为延續“家族”的方式的習慣，是必然地和罗馬人对于主权繼承的看法特别含糊有关联。我們不能不看到，早期罗馬各个皇帝的依次繼承在当时是被認为合理地正常的，并且尽管当时發生了这一切事情，但象狄奥多西 (Theodosius) 或查斯丁尼安这类諸侯的自封为凱撒和奥古斯多，也并沒有被認为是妄誕无稽的。

当原始社会的各种現象揭露以后，十七世紀法学家認为可疑的一个命題，即“无遺囑繼承”比“遺囑繼承”是更为古老的一个制度，已成为无可爭辯的了。在这个問題解决以后，又發生了另外一个更有趣的問題，即一个遺囑的指示究竟是怎样和在什么条件下最初被准許用来規定家族权的移轉，以及后来又規定財产的死后分配。这个問題的所以难于决定，是因为在古代共产体中“遺囑权力”是罕見的。除了罗馬人之外，其他原始社会究竟是否知道有眞正立遺囑权力的，还是有疑問的。它的萌芽形式虽然到处可見，但其中絕大部分都不能逃避淵源来自罗馬的嫌疑。雅典的遺囑无疑是土著的，但我們不久就可以看到，它只是未成熟的遺命。至于那些征服罗馬帝国的各个蛮族所傳給我們的一些法典中用法律規定的“遺囑”，这些“遺囑” 几乎都肯定是罗馬的。近来最有鑑别力的德国批評都注意到这些蛮族法律 (Leges Barbarorum) 上来，調查的主要目的，是要在这些制度中把原来本族習慣所組成的部分从借用罗馬法律的外来要素中分离出来。在进行这項工作的过程中，經常發現一个結果，即在古代法典的核心中并沒有“遺囑”的痕迹。凡含有“遺囑”的法律，都是来自罗馬法律学的。同样地，(据我被告知) 希伯来語的犹太法所規定的萌芽“遺命”，也应該归因于和罗馬人接触。唯一不屬于罗馬或希腊社会的遺命形式可以被合理地假定为土著的，是为孟加拉省的慣例所承認的一种；而孟

加拉的遺命只是一种萌芽的“遺囑”。

从上述証据似乎应該得出这样一个結論，即“遺命”在最初只是在沒有人能根据眞正的或人为的血族权利而享有繼承时方才有效。因此，当梭倫法第一次以“遺命”权賦与雅典公民时，他們曾禁止剝夺直系男性卑亲屬的繼承权。同样地，孟加拉的“遺囑”只有在和家族某种优先权相一致时才被准許适用于某种繼承。又，犹太人的原来制度虽沒有規定“立遺囑”的特权，但后来自称为以遺漏之件（casus omissi）补充“摩西法”（Mosaic Law）的希伯来語法律学，准許在根据摩西制度規定有繼承权的亲族全部不能繼承或全部不能發現时，才能行使“立遺囑”权。古日耳曼法典借以保衞与之相結合的遺囑法律学的一些限制也是很有意义的，并且也指向了同一的方向。根据我們所知道的这些日耳曼法律，其絕大部分都有这样一个特点，即在每家所有的自主地（allod）或領地外，法律还承認几种附屬的財产，每一种附屬財产就都表示着罗馬的原則曾各別地被注入到原始条頓慣例中。原始的日耳曼的自主的財产是被严格地保留給其亲族的。它不但不能用遺命来处分，并且也不能在生前（inter vivos）用讓与的方式来移轉。古日耳曼法和印度法律学相同，規定男性的子嗣与其父亲是財产共有人，家族贈与非得全部成員同意，不能执行。但其他各种財产，比自主物發生得較迟并且也比較不甚貴重的，就比較容易移轉，并且移轉时也按照远为寬弛的規定办理。妇女和女性的后嗣也可以繼承这种財产，显然是根据这样一个原則，即它們是不包括在宗亲的神聖界限之內的。从罗馬借用的“遺命”，最初被准許适用于、实在也仅适用于这些最后提到的財产。

以上的說明，可用以使我們对古代罗馬“遺囑史”中一种确定的事实所作的最可能的解釋更为可信。我們根据丰富的証据，認为在罗馬国家的原始时代，“遺命”是在“特别民会”（Comitia Ca-

lata）也即是在“貴族民会”（Comitia Curiata）或“罗馬貴族市民議会”（Parliament of the Patrician Burghers of Rome）为“私事”而集会时加以执行的。这种执行的方式，成为民法学家世代相傳的一种說法的来源，他們認为在罗馬史的有一个时代中每一个“遺嘱”都是一个庄严的立法行为。但我們实在沒有必要去仰仗一个曾对古代議会的程序作了非常不精确的說明的解釋。有关在“特别民会”中执行“遺嘱”的故事，其适当的解答无疑地应求諸最古的罗馬无遺嘱繼承法。原始罗馬法律学中規定亲屬相互之間繼承权的准則，在它們还沒有受到“裁判官”的“告令法律”所变更前，是这样的：——第一，由正統（sui）或沒有被解放的直系卑亲屬繼承。在沒有正統时，由“最近的宗亲”来代替他，即由过去在或曾經在死亡者同一“家父权”下的最亲近的人或最亲近的亲等来代替。再次是三等和最后等亲，其中繼承权傳給同族人，即死亡者氏族或大氏族中的集体成員。我在前面已經解釋过，“大氏族”是家族的一种拟制的扩大，凡是具有同一姓氏以及因为有同一姓氏而被假定为来自共同始祖的一切罗馬“貴族”公民都包括在內。称为“貴族民会”的“貴族議会”是完全由“氏族”或“大氏族”的代表組成的一个“立法机关”。这是罗馬人民的一个代表会議，根据了国家的組成單位是“氏族”的假定而組織的。正由于这样不可避免的推理，“民会”的受理“遺嘱”是与“同族人”的权利有关的，并且其目的是在保証“同族人”能行使他們的最后繼承权。如果我們假定，只有在遺嘱人沒有可以發現的同族人或在同族人放棄权利时才可以立“遺命”，并假定每一个“遺命”应提交給“罗馬氏族大会”（General Assembly of the Roman Gentes）以便使那些因遺嘱处分而受到損害的人得在必要时可以提出否决，在大会中通过后即可推定他們已放棄其繼承权，如果我們这样假定，則全部显然的变例就可以为之扫除了。在“十二銅表法”公布的前夕，这种否决权可能已

經大大地縮小了，或是仅仅偶然地和不經常地行使着。虽然，要說明把这管轄权託付給“特别民会”的意义和淵源是容易的，但要追溯其逐漸發展或逐漸衰亡的过程却沒有这样容易。

但是，所有現代“遺命”所自来的“遺命”，幷不是在“特别民会”中执行的“遺命”，而是另外一种与之相竞爭幷且終于用来代替它的“遺命”。这种早期罗馬“遺命”在历史上有其重要性，幷且通过了它可以解釋清楚許多古代的思想，因此我認为必須比較詳細地加以闡明。

当“遺囑权”在法律史上第一次出現时，像几乎所有偉大的各种罗馬制度一样，有迹象証明它成了“貴族”和“平民”間爭論的題目。当时有一条政治格言，即“一个平民不能成为一个大氏族的成員”(Plebs Gentem non habet)，其結果是把“平民”完全排斥在“貴族民会”之外。因此，有些評論家就認为一个“平民”的“遺囑”是不可能在“貴族議会”中宣讀的，因此一个“平民”就也完全沒有“遺囑”之权。其他評論家仅仅指出，在“遺囑人”沒有代表的一个不友好的議会中，要把一个拟議的“遺囑”提交它受理是有困难的。不論眞正的看法应該如何，一种“遺命”被应用了，它具有意圖避免某种可厭恶义务的一切特点。这种“遺囑”是一种在生前的讓与，把“遺囑人”的家族和財产完全地和不可挽回地移轉給他心意中的繼承人。这种移轉一定是始終为严格的罗馬法規定所准許的，但是，当这种行为的目的是要在死后發生效力时，就可能發生糾紛，因为在沒有取得“貴族議会”的正式認可前，它是否能成为有效的“遺囑”，是一个問題。当时在罗馬人民的两个阶級之間如果在这一点上存在着分歧意見，那末后来通过偉大的大宪官和解时代它就連同許多其他不平的泉源給一併消灭了。“十二銅表法”原文还保存着，它說法律規定，家父得使用他資产的监护权(Pater familias uti de pecuniâ tutelâve rei suæ legâssit, ita jus esto)

——这一条法律除了使“平民遺嘱”合法化外，不可能有任何其他的目的。

学者們都知道，在“貴族議会”停止作为罗馬国家的立法机关又經过了几世紀后，它仍旧为了私事而繼續召开正式集会。因此，在“十二銅表法”公布后的一个長时期內，我們有理由相信“特別民会”仍旧为了使“遺命”生效而集会。把它称为一个“登記法院”(Court of Registration)，可以最恰当地表示出它可能的職能，但是提出的“遺嘱”应被理解为并不眞正地登入簿据，只是向其成員宣讀，他們应能注意其要旨并牢記于心中。很可能这一种“遺命”从来沒有写成書面，但无論如何，縱使“遺嘱”原来是書面的，“民会”的職責也只限于听取高声朗誦，在这以后文件由“遺嘱人”加以保管，或寄存于某些宗教团体妥为保管。这种公告也許是在“特別民会”中执行的“遺命”的附带条件之一，这就使它不为一般人所欢迎。在帝国的初期，“民会”仍旧召集会議，但这些会議似已徒具形式，很少或甚至沒有“遺嘱”会在定期会議中被提出来。

对現代世界文明有深远影响的，是古代的“平民遺嘱”——这是上述“遺命”的代替物。它在罗馬获得了由于要把“遺命”提交“特別民会”而丧失的一切声望。它所以有其一切优点，关鍵在于它是来自曼企帕因(mancipium)或即古罗馬的讓与，我們毫不躊躇地認为这种手續程序是現代社会如果沒有了它們就很难团結在一起的两个偉大制度即“契約”和“遺嘱”的母体。曼企帕因或后来在拉丁文中所謂“曼企帕地荷”，把我們带回到民事社会的萌芽时代去。由于它的产生远在書写艺术發明之前、至少是在書写艺术广为流行之前，所以手势、象征的行为和庄严的成語便被用来代替了文件的形式，冗長的和繁复的仪式是为了要使有关各造都能注意到交易的重要性，并使証人們可以因此而获得深刻的印象。口头証言不及書面証言完备，因此必須增加的証人和助手的人数，远

超过后来被認为合理或可以理解的范圍。

罗馬的"曼企帕地荷"首先要求当事人、也就是出卖人和买受人到場，如果我們用現代法律术語，应該是讓与人和受讓人到場。此外，还应該至少有五个証人；以及一个例外人物，即"司秤"(Libripens)，他带着一对天平秤用以权衡古罗馬未鑄成錢币的銅錢。我們現在所研究的"遺命"——即銅衡式(peræet libram)"遺囑"，这是在术語上这样被長期繼續称呼的——就是一个普通"曼企帕地荷"，在形式上甚至在用語上都是毫未变动过的。"遺囑人"是讓与人；五个証人和司秤都到場了；受讓人的地位由一个在术語上被称为家产买主(familiæ emptor)的所占有。于是就按照一个普通"曼企帕地荷"的仪式进行。經过某种正式的手势和言語的宣述。家产买主用一塊錢敲击天平以表示价金的支付，最后，"遺囑人"即用所謂"交易宣告"(Nuncupatio)的一套話語来批准剛才所做的，这一套成語在遺囑法律学中已有了長久的历史，已为法学家所熟知。对于称为家产买主的人的性質，必須特別加以注意。毫无疑問，在起初他是"繼承人"本身。"遺囑人"当場把他全部"家产"(familia)，也就是他在家族上以及通过家族所享有的一切权利移轉給他，包括他的財产、他的奴隶以及他的一切祖傳特权，連同他的一切义务和責任。

根据上面所說的資料，我們可以發現原始形式的所謂"曼企帕地荷"式"遺命"和現代的遺囑之間是有几个显著的不同之点的。因为"曼企帕地荷"式"遺命"既然相当于"遺囑人"財产的完全的讓与，它是不能撤銷的。因为一个权力在既已消灭之后，是不能重新行使的了。

再則，它不是秘密的。既然"家产买主"本身就是"繼承人"，他就完全知道他的权利是什么，并且也知道他是不可改变地享有繼承权的，即使在秩序最好的古代社会中也常难免会發生暴乱，因此

这样的知識便成为極端危险的了。但这种“遺命”和“讓与”关系所發生的最可惊的后果，也許是在把繼承权立刻归屬于“繼承人”。多数民法学家都不相信这一点，他們認为“遺囑人”財产的归屬是以“遺囑人”死亡为条件的，或要在一个不可确定的时候，即讓与人死亡的时候才能讓与給他。但是一直到罗馬法律学的最后时期，有一类的交易是絕对不允許用一个条件来直接变更它，或用一定时限来限制它，或用一定时限来起算的。用术語来講，就是不准許附有条件(conditio) 或日期(dies)的。“曼企帕地荷”是其中的一种，因此，虽然看起来很奇怪，但我們还是不得不得出这样一个結論，即原始罗馬“遺囑”是立即生效的，即使“遺囑人”在其“立遺囑”行为后仍旧生存，也是如此。很可能，罗馬公民原来只在临死的时候訂立“遺囑”，而一个少壮的人为了“家族”延續而預作准备时就往往宁可采取“收养”而不采取“遺囑”的形式。我們仍旧应該相信，如果“遺囑人”竟然恢复健康，他只能在其“繼承人”的容許之下繼續管理其家族。

这些不方便处如何补救，以及为什么“遺命”会具有現在普遍地認为和它有关联的各种特点，我在进行解釋之前，首先应該說明二三个問題。“遺命”并非必須是書面的：在起初，“遺命”似乎一成不变地是口头的，并且，即使在較后时期，宣布遺贈的証書也只是偶然地和“遺囑”联系在一起而并不是它的主要組成部分。它对“遺囑”的关系，事实上正和旧英国法律中允許使用的証書对罰金和回复的关系，或“封土授与状”对封土授与的关系相同。在“十二銅表法”之前，書面絕少用处，因为“遺囑人”无权以其遺产遺贈給任何人，能从一个遺囑中获得利益的唯一的人們是“繼承人”或“共同继承人”。但“十二銅表法”中条文的極端一般性不久产生了这样一条教义，即不論“遺囑人”对他加上任何指示，“繼承人”必須接受繼承权，換言之，必須接受作出遺贈限制的繼承权。書面的遺

囑証件于是取得了一种新的价值，即可以用来作为防止繼承人詐欺地拒絕滿足受遺贈人的一种保証；但到最后，"遺囑人"还是可以任意决定專靠証人的証言，并用口头宣告家产买主必須支付的各个遺贈。

所謂家产买主这个名詞，須要注意。"买主"表示"遺囑"可以說是一种买卖，而"家产"这个詞，和"十二銅表法"遺囑条款中的用語相比較时，可以使我們获得有啓發性的結論。"家产"在古典拉丁文中，意思始終是指一个人的奴隶。但在这里，以及一般地在古罗馬法的用語中，它包括了在他"家父权"之下的一切人，至于"遺囑人"的物質財产或資产，則視为家族的附屬物而移轉。試再回顧一下"十二銅表法"，可以看到它談到了"他資产的监护权"（tutela rei suæ），这一种說法正和剛才所研究的成語意义相反。因此我們就无法避免这样一个結論，即甚至在比較近的大羌官和解时代，表示"家庭"和"財产"的两个名詞在日常用語中是混淆不清的。如果把一个人的"家庭"認为是他的財产，我們就不妨把这个用語解釋为指"家父权"的范圍，但是，由于这两个名詞是可以相互交換的，我們必須承認，這样的說法把我們帶回到了原始时代，当时財产是由家族所有，而家族則为公民所管理，因此社会的成員并不有其財产和其家族，而是通过其家族而有其財产的。

在一个不容易明确决定的时期，罗馬"裁判官"在处理"遺命"时，習慣于按照法律的精神而不是法律的文字来举行仪式。不定期处分在不知不覚中成为成規定例，直到最后，一种完全新形式的"遺囑"成熟了，并且和"告令法律学"正規地啣接在一起。新的或是裁判官的"遺命"从大官法（Jus Honorarium）或罗馬的衡平法取得其全部的穩固性。某年的"裁判官"一定曾在其就任的"布告"中列入了一个条款，說明他决意支持通过某种仪式而执行的一切"遺命"；这种改革在被發現为有利的以后，其有关条款便被

"裁判官"的繼承者重新引用，并再为其后任重复采用，直到最后由于这样地被繼續編入而被称为"常續"或"永續告令"(Continuous Edict)这一部分法律学的一个公認部分。研究一下一个有效"裁判官遺囑"的条件，显然可以看到这些条件决定于"曼企帕地荷遺命"的要求，革新的"裁判官"显然只在旧有的手續能保証眞实或防止詐欺时才加以保留。当"曼企帕地荷遺命"执行时，在"遺囑人"的旁边有七个人到場。因此"裁判官遺囑"必須有七个証人：其中两个相当于司秤和家产买主，他們不是作为象征的性質，他們到場的唯一目的是为了提供証言。这时不再举行象征的仪式；只是把"遺囑"誦讀一遍；但是为了要永保"遺囑人"处分的証据起見，很可能(虽然不能絕对地肯定)必須有一書面的証件。无論如何，每当一个書面提出誦讀或被提供为一个人的最后"遺囑"时，我們确切地知道，除非七个証人中的每一个人分别在外面加蓋其印章，"裁判官法院"是不会用特別干涉来支持它的。这是在法律学史上第一次看到蓋印，作为立証的方式。必須注意，罗馬"遺囑"以及其他重要文件上的印章并非仅仅作为签証者到場或同意的标誌，而是的的确确的一种封签，在可以閱讀文件前必須加以啓开的。

因此"告令法律"所强行的一个"遺囑人"的处分，只要經过七个証人的封签証明，不一定要經过"曼企帕地荷"的形式。但我們可以作出这样一个一般性的命題，即罗馬財产的主要性質，除非通过假定为和"市民法"同源的各种程序以外，是不能傳授的。因此，"裁判官"不能把一个繼承权授与任何人。他不能把"繼承人"或"共同繼承人"放在"遺囑人"本身和他自己的权利义务所有的同样关系中。他所能做到的，是使被称为"繼承人"的人对遺贈財产有实际的享有权，并对"遺囑人"的債务有淸偿的力量。当"裁判官"为这些目的而行使其权力时，在术語上他被称为傳授遺产占有(Bonorum Possessio)。这种情况下的"繼承人"或遺产占有者，能享有

“市民法”上“繼承人”所能享有的一切財产所有权。他取得財产利益并能以之移轉，然而，在申請損害賠償时，他不应如我們所說的，求諸“普通法”而应求诸“裁判官法院”的“衡平法”。如果我們說他拥有在繼承权中的一种衡平的財产，可能不致发生大錯；但是，为了使我們不致为这样的类比所迷惑，我們必須始終記着，在有一年中，遺产占有是根据所謂“时效取得”(Usucapion)的一条罗馬法原則而产生效果的，“占有者”就成为包括在繼承权中的一切財产的一个“公民”所有人。

我們对古代的“民事訴訟”(Civil Process)法所知道的太少了，不能对“裁判官法院”所提供的各式救济方法之間的利弊一一加以比較。但可以断言，虽然“曼企帕地荷遺命”有許多缺点，但通过它而立即全部把概括的权利加以移轉的“曼企帕地荷遺命”，却从沒有完全为这新的“遺囑”所代替；在一个不拘泥于古代形式或者这些古代形式并不十分被重視的时期，法学專家的所有机智便都被耗費于改进这种比較神聖庄严的工具。在該雅士时代，也就是安托宁·凱撒时代，“曼企帕地荷遺命”的大缺点都已消除。原来，正如我們已經看到过的那样，对手續程序的主要性質的要求，是“繼承人”本身必須是“家产买主”，其結果是：他不但立即在“遺囑人的財产”中取得一种旣得利益，并且被正式告知他的权利。但是到了該雅士时期，就准許可由一些不相关的人来担任“家产买主”。因此繼承人就不一定会被告知他的預定繼承；从此以后，“遺囑”就取得了秘密的特性。用一个陌生人作为“家产买主”以代替眞正的“繼承人”，还有其他的种种后果。在它一經合法化后，一个罗馬“遺命”就包括了两个部分或阶段——一个是讓与，这是一种純粹的形式，还有一个是“宣告”。在这程序的后半过程中，“遺囑人”或者口头向其助手宣布在他死亡后应該执行的願望，或者提出一个書面文件，其中包含有他的願望。可能要直到注意力已不再集

中于这想象的"讓与"而集中于"宣告"，并把它作为交易的重要部分时，"遺矚"才被准許成为可以撤銷的。

这样，我已从法律史上把"遺囑"的系統作了一番考察。它的根源，就是建筑在"曼企帕地荷"或"讓与"上的古"銅衡式"遺命。但这个古"遺囑"有多种缺点，这些缺点已經，虽然只是間接的，为裁判官法所补救了。同时，法学專家們的机智，在"普通法遺囑"或"曼企帕地荷遺命"中，实現了那些裁判官可能会同时在"衡平法"中达到的各种改进。但这些最后的改良，完全依靠了法律上的机巧，因此我們看到該雅士或是阿尔比安时代的"遺囑法"只是过渡性质的。以后接着發生些什么变化，我們不知道；但最后，剛在查斯丁尼安法律学复兴之前，我們發現东罗馬帝国的人民应用着一种"遺囑"，它一方面可以追溯到"裁判官遺囑"，而另一方面可以追溯到"銅衡式"遺命。像"裁判官遺命"一样，它不需要"曼企帕地荷"，并且除非有七个証人的封签不生效力。但又象"曼企帕地荷遺囑"一样，它所移轉的是繼承权，不仅仅是一个遺产占有。但它最重要特点中有几点是由現实法規所規定的，并且正是由于它有三重来源，即"裁判官告令"、"市民法"以及"帝国宪令"，因此查斯丁尼安就称他自己时代的"遺囑法"为三重法（Jus Tripertitum)。这种新的"遺命"就是一般人所說的"罗馬遺囑"。但这只是东罗馬帝国的"遺囑"；根据薩維尼的研究，显示出在西罗馬帝国，直到中世紀，旧的"曼企帕地荷遺命"連同讓与、銅和天平等工具，仍旧被繼續使用着。

第七章　古今有关遺囑与繼承的各种思想

虽然現代欧洲"遺囑法"中有許多地方和过去人类所实行的最古的遺囑处分有着密切的联系，但在"遺囑"和"繼承"这个主題上，古代和現代思想观念确实存在着重要的分歧。这一些分歧点，我将在本章中詳細加以說明。

在距离"十二銅表法"时代几世紀以后的一个时期中，我們發現在"罗馬市民法"上增加了許多規定，其目的是在限制剥夺子女的繼承权；我們看到"裁判官"的审判权亦积極地执行这一项利益；我們在那时候發現有一种新的救济方法，在性質上是非常例外的，而其来源也是不确定的，这种救济方法称为"遺囑違反倫道之訴"(Querela Inofficiosi Testamenti)，目的是使亲子恢复为其父的"遺命"所不公正地拒絕的繼承利益。有的著者在把这个法律規定和承認訂立"遺囑"的絕对自由的"十二銅表法"原文相比較时，他們想把大量戏剧性的偶然事件混入他們的"遺囑法律"史中。他們談到族長立刻毫无限制地任意剝夺子女的繼承权，談到这种新的实踐对公共道德所造成的侮辱和損害，更談到一切善良人們对"裁判官"阻止父权墮落进一步發展而作的勇敢行为加以讚美。这些故事就其所叙述的主要事实而論，幷不是完全毫无根据的，但反映出对于法律史上的各項原則是有严重的誤解的。"十二銅表法"的法律应該根据它制定时代的特性来加以解釋。它不可能有一种在較后时代認为它必須加以反对的傾向，它只根据这样一个假定繼續前进，即不認为这种傾向是存在的，或者我們可以說，根本不考慮到有这种傾向存在的可能。罗馬公民很少可能会立刻开始自由

地运用这剥夺继承权的权力。我們知道，在当时，家族奴役的羈絆是在最殘酷地压迫着，但人們仍旧忍受着，在这种情况下，如果以为在我們自己时代不受欢迎的某些負担，在那时竟然能够解脫，这是違背了一切理性和违背了对于历史的合理理解的。“十二銅表法”准許执行“遺命”，只限于它認为遺囑可能被执行的情况下，也就是說，只限于沒有子嗣和近亲的时候。它并不禁止剝夺直系卑亲屬的繼承权，因为这种偶然事件是当时罗馬立法者所不可能預見到的，因此也就无从在立法中用明文加以規定。毫无疑义，当家族情誼逐漸丧失了它原来所具有的个人义务的面貌时，就偶然發生了剝夺子女繼承权的事件，但“裁判官”的干預却并不是由于这种恶習的普遍發生，而在最初时无疑地是由于下述原因的推动，即因为这类不自然的任意行动事例在当时是很少而且是例外的，并且也是和当时的道德观念相抵触的。

由这一部分罗馬“遺囑法”所提供的迹象在性質上是完全不同的。可注意的是，罗馬人从沒有把一个“遺囑”用作剝夺一个“家族”的繼承权的一种手段，或用作造成一項遺产的不公平分配的一种手段。阻止它轉向这一方面的法律規定，随着这部分法律学的逐漸發展而不断增加其数量和严密程度；这些規定无疑地是和罗馬社会一貫的情緒相符合的，并不完全是由于个人感情的偶然变动。遺囑权的主要价值似乎是在它的能够帮助一个“家族”作好豫备，并在分配繼承財产中能比較按照“无遺囑繼承法”分配得更加公平不偏。如果一般的情緒确是这样，它在某种程度上說明了始終成为罗馬人的特点：即对于“无遺囑”而死亡感到特殊的恐怖。丧失遺囑特权似乎被認为是比任何災害更沉重的一种天罰；咒詛一个敌人，說他要死而无“遺囑”要比任何咒詛都更苛酷。在我們今日所存在的各种意見中，沒有这种类似的感情，或是很不容易發現有这种感情。所有各个时代的一切人无疑地都宁願能筹划其

所有物的归宿，并由法律来为他們执行这个任务；但是罗馬人对于"有遺囑而死亡"的感情，从其强度来講，并不仅仅是出于放任随便的願望；当然，它和家族驕傲更无共同之处，因为家族驕傲全然是封建制度的产物，它把一种財产积累在一个独一的代表人手中。也許是先天的由于"无遺囑繼承"中的某些規定，造成这种强烈地宁願用"遺囑"分配財产而不願根据法律規定而分配。但是，困难是在于，当我們看到罗馬的"无遺囑繼承"法律，还是处在査斯丁尼安把它制成为現代立法者几乎普遍采用的繼承順序以前几个世紀中一直具有的那种形式中时，它完全沒有給人以显著不合理或不平衡的印象。相反的，它所規定的分配方法非常公平合理，并且和現代社会一般認为滿意的分配方法很少不同之处，因此，我們实沒有理由說明为什么会这样地非常不受欢迎，特别是在这样一种法律学中，它把有子女要扶养的人的遺囑权削減到一个狹小的范圍內。我們可以預期的，象在現在的法兰西那样，族長都一般地不願意自找麻煩执行一个"遺囑"，他宁願讓其財产听任"法律"处理。但是，我以为如果我們比較仔細地研究一下査斯丁尼安以前的"无遺囑繼承"标准，我們就能發現打开秘密的关鍵。这个法律的結构包括两个不同的部分。一部分的規定来自"市民法"，这是罗馬的"普通法"；另一部分则来自"裁判官告令"。我在其他場合已經提到过了，"市民法"規定有权繼承的繼承人按順序有这样三种；未解放之子，宗亲中的最近亲等，以及"同族人"。在这三种順序中間，"裁判官"添加了各类的亲族，这些亲族是"市民法"所完全不管的。直到最后"告令"和"市民法"結合而組成了一張繼承順序表，它在实質上和傳到現代的多数法典中的并沒有很大区别。

有一点必須注意，在古代一定有这样一个时期，当时"无遺囑繼承"的順序完全由"市民法"决定"告令"的安排是完全不存在的，或是不一貫地执行的。我們毫不疑惑，"裁判官"的法律学在其早

年时代，不得不和可怕的阻力相竞爭，并且更可能的是，在一般情緒和法律意見默認了它很久以后，它定期地介紹进来的各种变更并不根据于某种确定的原则，而是根据了連續任命的各个高級官吏的不同偏見而随时变动的。我認为，罗馬人在这个时期中所实行的"无遺囑繼承"規定，足以說明罗馬社会長时期以来对于一个"无遺囑死亡"所以始終存在着强烈嫌恶的理由。当时繼承的順序是这样的：在一个公民死亡时，如果沒有遺囑或是沒有有效的遺囑，他的"未解放"之子成为其繼承人。他的解放之子不能分享繼承权。如果在他死亡时，沒有直系卑亲屬，就由宗亲中最近的亲等繼承，但是通过女性后裔而和死者結合起来的亲族（不論如何接近），都不能享有繼承权。家族中所有其他支系都被排斥在繼承权之外，而繼承权就应归屬于同族人也就是和死者具有同一姓氏的全体罗馬公民。因此，如果沒有一个有效的"遺命"，在我們所考察的这一个时期中的一个罗馬人就将使其解放之子絕对得不到什么权利，另一方面，既然假定他在死亡时沒有子嗣，则他的家族就有完全失去其財产而使財产傳諸于另外一些人的迫切危險，这些人和他的关系仅仅是由于祭司的拟制，假定凡是同族的全部成員都是来自一个共同祖先。这样一种状态的本身就几乎足以說明上述一般情緒的所以發生；但在事实上，如果我們忘記了，我所描述的情况很可能是發生在正当罗馬社会处于从其分散家族的原始組織轉变的第一个阶段时，则我們所理解的仅及一半而已。把"解放"承認为一个合法的慣例，眞是針对父权王国的最早的一个打击，但是法律虽然仍旧認为"家父权"是家族关系的根本，却坚持把解放之子視作"亲屬"权外的陌生人和血緣外的外人。然而，我們不能就因而認为法律上的炫学所加于家族上的种种限制会在其父的自然情感上有同样效果。家族忠誠一定仍旧保留着"宗法"制度下的那种近乎不可思議的神聖性和强烈性；并且家族忠誠很少可能会因

为解放行为而消灭，它的可能性恰恰完全相反。可以毫不躊躇地認为当然的，从父权下得到解放不但不是情感的割断，相反的正是情感的表現——这是对最最溺爱和最最尊重的子嗣給予一种仁德和寵爱的标誌。如果在所有子嗣中受到这样特别寵遇之子会因为“无遺囑死亡”而绝对地被剥夺了繼承权，則他的不願蒙受这种情况是毋庸多加解釋而自明的。我們也許可以先天地假定，人們的喜爱“立遺囑”是由于“无遺囑”繼承規定所造成的某种道德上的不公正而产生的；在这里，我們發現这些“无遺囑”繼承規定是和古代社会借以結合在一起的那种天性不相一致的。我們可以把上面所主張的一切，表現于一簡明的形式中。原始罗馬人的每一种占优势的情緒，都是和家族的各种关系交織在一起的。但什么是“家族”？法律上有它的定义——自然情感上有它另外的一个定义。在这两者之間的冲突中产生了我們所要加以分析的感情，它热烈欢迎这样一种制度，根据这种制度人們可以根据情感的指示而决定其对象的命运。

因此，我認为罗馬人对于“无遺囑死亡”的恐惧，說明了在古代有关“家族”这个主題的法律与古代人对于家族的情感慢慢地發生改变这两者之間很早就發生了冲突。在罗馬“制定法”中有一些規定，特別是有关限制妇女繼承能力的那一个条例，是使这种感情長期存在的主要原因；一般人都相信，創設“信託遺贈”（Fidei-Commissa）制度，其目的就是想用以避免这些条例所規定的无能力。但是这种感情本身的惊人的强烈程度，似乎說明了在法律和輿論之間早就存在着某种很深的对抗；而“裁判官”对于法律学的改进无法把这种感情加以消灭，也是完全不足为奇的。凡是熟悉輿論哲学的人都知道：一种情緒决不会因为产生它的情况消逝了而必然地随着消灭。它可能会比情况留存得更長久；不，它也可能会在后来达到一个强烈的頂点和高潮，而这种頂点和高潮是在情况繼

續存在期間从来沒有达到过的。

把一个“遺囑”看作是授予一种权力，把財产从家族中轉出来，或是把財产根据“遺囑人”的想象或見解而分成許多不公平的部分，这种看法發生在封建制度已完全巩固了的中世紀的后半期。当現代法律学初步以粗糙的形式出現时，用遺囑来絕对自由处分一个死者的財产，还是很少見的。在这个时期內，当財产的遺傳由“遺囑”規定时——在大部分的欧洲，动产是遺囑处分的主体——遺囑权的行使不能干預寡妇从遺产中取得一定分額的权利，同样不能干預子嗣取得固定比例的权利。子所取得的分額由罗馬法的規定用数量表示出来。关于寡妇的規定，应該归功于教会的努力，它始終不懈地关怀着丈夫死后妻子的利益，——經过二三世紀的坚决要求之后，才获得了所有的胜利中也許是最难得的一个胜利，就是丈夫在結婚时就明白保証贍养其妻，最后并把“扶养寡妇財产”(Dower)的原則列入了全西欧的“習慣法”中。可怪的是，以土地作为扶养寡妇的財产的制度經証明要比类似的和更古的为寡妇和子嗣保留的一定分額动产的制度，更加巩固。在法兰西有些地方習慣中，把这种权利一直保持到“革命”时代，在英国，也有类似的慣例的痕迹；但在大体上，流行着的学理是动产可以由“遺囑”自由处分，并且，虽然寡妇的要求得到繼續尊重，但子的特权則被从法律学上加以取消。当然这种变化完全是由于“長子繼承权”的影响。“封建的”土地法为了一个子嗣而剝夺所有其余諸子的繼承权，甚至对那些可以平均分配的財产也不复視为有加以平均分配的义务。“遺命”是用以产生不平等的主要工具，而在这种情况下产生了古代人和現代人对于一个“遺囑”的不同的概念。但是，虽然通过“遺命”而享有处理遺产的自由是封建主义的一个偶然产物，但是在自由“遺囑”处分制度和另外一个制度，像封建土地法制度之間，是存在着極端巨大的区别的，因为在封建土地法制度之下，財产的

移轉是强迫按照規定的遺傳系統而进行的。这个眞理似乎是“法兰西法典”的著者所沒有注意到的。在他們决定要加以摧毁的社会組織中，他們看到“長子繼承权”主要建筑在“家族”授产的基础上，但他們同时也注意到“遺命”在严格限嗣繼承下常常被用来以为他保留的完全相同的优先权給予長子。因此，为了使他們的工作非常可靠，他們不但使長子不得在婚姻协議中优先于其余諸子，他們并把“遺囑繼承”排斥于法律之外，否則就要使他們的基本原則，即在父死亡时其財产应在諸子中平均分配的原則不能成立。其結果是他們建立了一种小范圍的永續限嗣繼承制度（a system of smal perpetual entails），这种制度非常接近欧洲的封建制度，而不是完全的遺产自由。英国的土地法，“封建制度的赫鳩婁尼恩城”（the Herculaneum of Feudalism），当然是更和中世紀的土地法相似而不同于任何大陆国家的土地法，我們的“遺囑”也就常常被用来助長或效法長子和其亲系的优先权，这成为不动产婚姻授产中几乎普遍的特色。但是，这个国家中的感情和輿論都曾受到自由遺囑处分实踐的重大影响；据我看来，在大部分法兰西社会中就家族中保存財产这个問題所具有的情諸，比諸英国人更接近于二三世紀以前流行于全欧洲的情緒状态。

“長子繼承权”問題引起了历史法律学中一个最困难的問題。虽然我还沒有說明我的見解，但我常常談到在罗馬繼承法上，許多“共同繼承人”总是和一个單一“繼承人”有同一的立足点的。事实上，我們从沒有看到罗馬法律学上有这样一个时期，一个“繼承人”或“概括繼承人”的地位不可以为一个集体的共同繼承人所取得。这个集体作为一个單一的單位而繼承，繼承的財产通过以后另外的法律程序在他們中間进行分配。当“繼承”是法定繼承，这个集体中所包括的都是死者的子嗣时，他們每一个人都从財产中取得一个相等的份額；虽然在有一个时期男性比女性占一些便

宜，但在这里完全沒有一些"長子繼承权"的痕迹。分配的方式在全部古代法律学中是完全一样的。当然，当民事社会开始，各家族在經过許多世代以后已不再結合在一起时，自發地就产生了这种观念，要把領地在每一世代的所有成員中平均分配，并且不專为長子或其支系保留任何特权。关于这种現象和原始思想的密切关系，可以从比罗馬制度更古的一些制度中，看到一些特别有意义的暗示。在印度人中，当子剛出生时，他对其父的財产立刻取得一种旣得权，这种財产未得共有人的承認是不能出卖的。在子达到成年时，他有时甚至可以不顧其父是否同意而强迫分割財产，并且，如果得到父的同意，則縱使不为所有其余諸子所願意，一子也能取得分割。在这类分割發生时，父除了取得的份額不是一份而是两份以外，并不能較其子更为优待。日耳曼部落的古代法是非常类似的。"自主地"或家族領地是父和子的共有財产。不过，習慣上这种共有財产在父死亡时也是不分割的，而一个印度人的所有物虽然在理論上是可以分割的，但在事实上却同样地很少分割，因此往往許多世代轉輾相傳从不分割，这样，印度的家族就有不断扩大为"村落共产体"的傾向，其情况我将在以后加以闡述。所有这一切，明显地指出，在死亡时把財产在男性子嗣中絕对平均分配，是家族依附發生瓦解的第一个阶段中社会上最为普遍的实踐。这时候，"長子繼承权"就成为历史上的难題了。当封建制度在形成的过程中，这些制度除了一方面从罗马各省的法律以及另一方面从蛮族的古代習慣中得到其原素外，在世界上已沒有其他淵源，但我們知道罗馬人或蛮族在財产繼承中都不習慣于把任何优先权給予長子或其亲系，因此，初看起来，我們感到迷惑不解。

在蛮族最初定居于罗馬帝国境內时所实行的各种"習慣"中，并沒有"長子繼承制"。我們知道它的淵源是来自入侵酋長的采地(benefice)或貽贈。这些初时只是由移居来的国王偶然封賜、但后

来为查理曼大量分配的“采地”，乃是授与有軍功的受益人管业的罗馬各省土地。自主地所有人似乎并不跟随其統治者从事远征或艰难的冒險事业，所有法兰克酋長和查理曼所进行的历次远征，其随軍出征的或是人身依附王家的士兵，或是由于土地的租佃而被迫服役的士兵。但是采地在开始时完全沒有世襲的意味，“采地”的持有要听从賜与人的好恶，至多以受賜人的終身为限；但从最初的时候起，受益人似乎并未致力于扩大出租地，并在其死后把土地繼續保留給家族中人。由于查理曼繼承人柔弱无能，这些企圖普遍获得成功，“采地”就逐漸轉变为世襲的“封地”(Fief)了。但是封地虽然是世襲的，却并不一定遺傳給長子。它們所遵从的繼承規則，完全由賜与人和受益人之間同意的条件决定，或者由其中之一方强加于另一方的条件决定。因此，原来的租地条件是非常多种多样的；因为到現在为止所提到的各种租地条件都是为罗馬人和蛮族所熟悉的繼承方式的某种联合，所以并不象有时所說的那样任意地变化的，但它們无疑是非常瑣細的。在有些租地条件中，毫无疑問地准許長子和其支系先于其他子嗣而繼承封地，但这类繼承非特并不普通，甚至也沒有为一般所采用。在欧洲社会較近的一次变化中，当領地的(或罗馬的)和自主地的(或日耳曼的)財产形式完全为封建的財产形式所代替时，这种完全同样的現象又重复發生了。自主地完全为封地所吸收。較大的自主地所有者把部分的土地有条件地移轉給其屬下而自成为封建主；較小的自主地所有者为了逃避那个恐怖时代的压迫，就把他們的財产奉献給某些强大的酋長，并以战爭时为他服役为条件再从他的手中領回其土地。当这个时期，西欧的广大人民都处于奴隶或半奴隶的状态——罗馬和日耳曼的个人奴隶，即罗馬的土著农奴 (coloni) 和日耳曼的农奴 (lidi)——他們同时为封建組織所併呑，他們中的一小部分对封建主处于奴僕关系，但大部分則以当时視为降格的条件接受土地。在

这普遍分封土地的时代中創設的各种租地条件、因佃农和新地主拟定的条件或因佃农被迫接受地主条件的不同而各異。在采地的情况下，有些財产的繼承按照"長子繼承权"的規定，但并不是全部如此。但是，一当封建制度普遍推行于西欧，就明显地感到"長子繼承权"比其他任何种繼承方式有更大的長处。"長子繼承权"于是就以惊人迅速的程度遍傳到全欧各地，它傳播的主要工具是"家族授产"(Family Settlement，在法兰西称为 Pactes de Famille，在日耳曼称为 Haus-Gesetze)，它普遍規定凡是由于武功而占有的土地一概应傳給長子。最后，法律竟讓位給这多年应用的实踐，在逐漸建立起来的一切"習慣法"中，对于自由租地和軍役租地的財产，長子和其亲系有优先繼承之权。至于因佃役租地而持有的土地（原来，所有租地都是佃役的，佃农必須償付金錢或提供劳役），習慣所規定的繼承制度在各国和各省中差別很大。比較一般的通例是，这些土地在所有人死亡时应由所有子嗣平均分配，但在有些事例中，長子仍有优先权，在有些事例中則由幼子取得优先权。但象英国的"定役租地"(Socage）一样，它發生的时期較其余各类的租地为迟，并且既不是完全自由的，也不是完全佃役的，这些通过租地而持有的財产、这些在某些方面看来是屬于最重要的一类財产的繼承，通常就适用"長子繼承权"。

"長子繼承权"所以能被广为傳播，一般都認为是由于所謂封建的理由。据説，如果在封地最后持有人死亡时把它傳給一个單一的人而不在多数人中間进行分配，封建主就可以对他所需要的軍役有更好的保証。我不否認这种意見可以部分地說明"長子繼承权"所以逐漸为人們所爱好，但我仍須指出，"長子繼承权"所以能成为欧洲的一种習慣，倒并不是由于它对封建主有利，而是由于它为佃农所欢迎。再則，上述理由完全不能說明它的来源。法律中决不可能有任何規定完全是为了要求得便利。在便利的意識發

生作用之前，必先有某些观念存在着，它所能做的也只是把这些观念組成新的結合而已；在当前的情形中，問題正就是在找寻这些观念。

从一个富有这类征兆的地方，我們获得了一个很有价值的暗示。在印度，虽然父的所有物可在其死亡时加以分割，并且甚至在生前就可以在所有男性子嗣中平均分割，虽然这个平均分配財产的原則推广到印度制度的每一个部分，但当最后一个在职者死亡时，他所傳下的官职或政治权利，几乎普遍地根据“長子繼承权”的規定而进行繼承。因此，主权是傳給長子的，作为印度社会集合單位的“村落共产体”的事务原归一人管理时，則父死之后一般就由長子繼續管理。在印度，所有职位都有世襲的趋向，并且在性質許可时，这些职位即归屬于最老支系的最長成員。把这些印度繼承和在欧洲几乎一直到現在还存在的較未开化社会組織的有些繼承，加以比較，我們可以得到这样的結論，即宗法权不仅是家庭的并且是政治的，它在父死亡时不在所有子嗣中分配，它是长子的天生权利。例如，苏格兰高原部落的酋長职位是按照“長子繼承权”的順序繼承的。的确，这里似乎有一种家族依附，比我們从有組織民事社会原始記录中所知道的任何一种家族依附还要来得古老。古罗馬法中亲屬的宗法联合体以及大量类似的征兆，說明在有一个时期中家族所有的各支系都团結在一个有机的整体中；当亲屬这样形成的集团本身就成为一个独立社会时，这个集团是由最老亲系的最長男性管理的；这自非狂妄的臆測。的确，我們并不具有这类社会的眞实知識。即在最原始的共产体中，就我們所知，家族組織至多只是“政府中的政府”(imperia in imperio)。但是有一些部族、特别是凱尔特部族的地位从有史以来都近似独立，这使我們不得不深信它們过去曾一度是各别的政府，它的酋長职位是根据“長子繼承权”而繼承的。但是，我們必須注意，不要把它和法律

上的名詞作現代的联想。我們現在所談到的一种家族关系比我們所熟知的印度社会或古罗馬法中任何家族关系更为紧密。如果罗馬的“家父”明显地是家族所有物的管家，如果印度人之父只是其諸子的共同分配者，則眞正的宗法族長将更显著地仅仅是一个公共基金的管理人。

因此，在“采地”中所發現的“長子繼承权”的繼承事例可能是从入侵种族的一种家族政府制度模仿来的，这种家族政府制度曾为入侵种族所知道，但并不是普遍适用的。有些未开化的部落也許还在实行着这种制度，或者更加可能，社会还剛剛离开較古的状态，因此人們在为一种新形式的財产决定繼承規則时，就自發地联想到了这种“長子繼承权”。但这里还有一个問題，为什么“長子繼承权”会逐漸代替了其他一切繼承原則？我以为答案应該是在加洛林帝国瓦解期間，欧洲社会肯定是在退化着。它比早期蛮族王朝时期的悲惨低微状况甚至还要落后一些。这个时期的最大特点是国王权力的軟弱甚至中断，因此也就是內政的軟弱中断；因此社会內部是不团結的，人們也普遍地倒退到比共产体开始时更古的一种社会組織中去。在第九第十世紀时期，封建主連同其屬臣大概都屬于一个宗法家庭，这种家庭不是象原始时代那样用“收养”而是用“分封土地”（Infeudation）的方法补充成員的；对这样一种結合，“長子繼承权”繼承方式是强力和持久的一种淵源。只要全部組織建筑在它上面的土地能保留在一起，它就能有力地进行攻击和防衞；分割土地也就是分割这小小的社会，也就是在普遍暴乱的世紀中給侵略造成机会。我們可以完全断定，“長子繼承权”制的被优先采用，并不是为了一个子而剝夺其余諸子的繼承权。分裂封地要使每一个人受到損害。封地的巩固会使每一个人获得好处。“家族”可以因权力集中于一个人手中而更强大有力量；賦与繼承权的封建主并不能較其同胞和亲屬在占有、利益或享受上有任何优越之处。

如果我們以英国長子在一个严格的授产下所处的地位，来估計一个封地的繼承人所繼承的特权，这将是一个独特的时代错误。

我曾說过，早期的封建結合来自一种古代的"家族"形式，并且和它極端类似。但是在古代世界中，在还沒有通过封建制度坍塌的一些社会中，当时似乎曾經流行的"長子繼承权"还沒有变成后期封建欧洲的"長子繼承权"。当亲屬集团經过許多世代不再为一个世襲的酋長統治时，过去曾为大家而管理的領地也就被大家平均分配了。为什么这种情况不在封建世界中發生呢？如果在最初的封建时代的混乱期間，長子为了全家的利益而持有土地，那末为什么当封建欧洲已經巩固，正規的社会生活又再度确立了时，全个家族会不重新恢复过去一度屬于罗馬人和日耳曼人的平等繼承权的能力？那些專心致力于探討封建制度的家系的著者，很少能掌握开啓这个困难的关鍵。他們看到了封建制度的原料，但是他們沒有注意到成品。助成这个制度形成的观念和社会形式无疑地是蛮族的和古代的，但是，当法院和法律家被要求来解释它时，他們用来解釋它的原則却是最后期罗馬法律学的，因此也就是非常精煉和非常成熟的原則。在一个宗法統治的社会中，長子繼承了宗亲集团的政府，并有絕对权力处分其财产。但他并不因此而成为一个眞正的所有人。他还有不包含在所有权这概念中的相关連的各种义务，这些义务是十分不明确的并且也不可能下定义的。但后期的罗馬法律学象我們自已的法律一样，把对于财产上所有的无限制权力看做财产所有权，并沒有、并且在事实上也不可能注意到这一类的义务，而关于这类义务的概念是在正規法律产生之前就已經有的。这种精練的观念和野蛮的观念相接触后，不可避免地召致了这样一个后果，就是把長子改变成繼承財产的法定所有人。教会的和世俗的法律学家从一开始就这样确定了長子的地位；而原来本可与其亲屬在平等的地位上共禍福的年輕兄弟，则在不知不覺間下降

为僧侶、軍事冒险家或是官邸的食客。这种法律上的革命，正和苏格兰高原大部分地方在最近小規模地發生的革命，完全相同。当苏格兰法律学必須决定酋長在扶养部族的領地上所具有的法律权力时，它已远超过了同部族人对完全所有权可以加一些模糊限制的时期，因此，它也就不可避免地把許多人的遺产轉变成一个人的財产了。

为了簡明起見，我把一个單独子嗣对一个家或一个社会所有权力的繼承，称为“長子繼承权”的繼承方式。但是，可注意的是，在遺留給我們的这类繼承的少数很古的事例中，取得代理地位的不一定是我們所熟知的意义中的長子。曾在西欧流行的“長子繼承权”形式也曾在印度人中繼續保存过，我們并有一切理由相信它是正常的形式。在这种制度下，不但是長子，并且是長子的亲系也常常获得优先权。如果長子不能繼承，則他的長子不但对其兄弟并且对其叔父輩有优先权。如果他也不能繼承，这同一規定可以适用于再下一代。但如果繼承不仅仅是民事的、而且是政治的权力时，就可能要发生一种困难，这种困难的大小随社会团結力的强弱而增减。一个行使权力的酋長可能寿命長过其長子，而原来有繼承資格的孙子又可能年龄太小未及成年，不能担負实际指导社会以及管理事务的責任。在这种情况下，比較固定的社会往往采取这种便宜方法；就是把这幼小的繼承人放在监护之下，一直到他适宜于执政的年龄。监护权一般屬于男性宗亲；但有可注意的是，在極少的偶然事例中，古代社会也有同意由妇女行使这种权力者，这无疑是出于尊重母亲的庇护的要求。在印度，一个印度主权者的寡妇曾用她稚子的名义而統治着国家，并且我們也不禁要想到法兰西皇位继承规定的習慣——这种習慣，不論其淵源为何，无疑是非常古远的——规定母后对“攝政职位”(Regency) 較所有其他申請人有优先之权，但同时它却又严格地排斥一切女性据有皇位。

把主权遺傳給一个幼小的繼承人所發生的不方便，还有另外一种方法加以消除，这种方法无疑会自發地發生在組織簡略的共产体中。就是把幼小的繼承人完全放在一边，而把酋長的职位授与第一代中年事最高的現存男性。凱尔特部族組織在他們已保留了一个世紀且其中民事的和政治的社会还沒有初步划分的許多現象中間，就有着这样一个繼承的規定，并把它一直带到了有史时期。在这些部族組織中，似乎还有这样一种現实准則，認为在長子不能繼承时，他的長弟可以优先于所有的孙輩而获得繼承，不問在主权遺傳的当时孙輩的年龄是怎样。有些著者用这样的假說来解釋这个原則，認为凱尔特的習慣是把最后的酋長看做好象是一个树根或是主干，而后把繼承权給与和他距离最近的卑亲屬；叔父既較接近于共同的根干，便应优先于孙輩。如果这个解釋只是用以說明繼承制度，那是无可非議的；但如果以为第一个采用这样的規定的人，是在应用显然从封建繼承制度开始在法律家中进行論辯的时候起就有的推理过程，則将是一个严重的錯誤。叔父所以能优先于孙輩，其眞正的来源无疑地是出于一个原始社会中原始人們的一种簡單打算，即認为由一个成年的酋長来統治总比由一个孩子統治来得好，一个年紀較輕的兒子将比長子的任何子嗣更早达到成年。同时，我們有証据証明我們所最熟悉的那种形式的"長子繼承权"是一种原始的形式，其傳統是当越过一个幼小的繼承人而作出有利于其叔父的决定时，須先取得部族的同意。在麦克唐納氏(Macdonalds)紀年史中有着有关这种仪式的相当眞实的例子。

根据可能保存着一种古代阿剌伯習慣的穆罕默德法律(Mohametan Iaw)，財产繼承权是在諸子中平均分配的，女兒則可取得半份，但是如果有任何一人在繼承权分割前死亡而遺下子女时，这些孙兒女会全部为其叔姑所排斥。与这原則相一致，当遺下的是政治权时，繼承就按照凱尔特社会中的"長子繼承权"形式进行。在

西方两个穆罕默德的大家族中，所根据的規定是：在繼承王位时叔父优先于諸姪，虽此姪为長兄之子，亦在所不論；这一規定虽然直到最近还在埃及适用，但依我所知，是否适用于土耳其君主的移轉，是还有疑問的。苏丹們的政策事实上一直是在防止适用这个規定的情况的發生，很可能，他們整批屠杀其幼年兄弟一方面固然是为了其子孙的利益，另一方面也是为了消除对王位的危險竞爭者。不过很明显，在一夫多妻的社会中，“長子繼承权”的形式是經常在变化的。有許多理由都可以构成对繼承的要求，例如，母親的位次或她受父亲寵爱的程度。因此，有些信奉伊斯兰教的印度君主不敢主張有任何明显的遺囑权，但主張有权指定繼承之子。聖經上以撒与其子的历史中所提到的祝福，有时被指为一种遺囑，但这似乎应該被認为是一种指定一个長子的方式。

第八章 财产的早期史

罗馬"法学阶梯"在对各种各样的所有权下了定义之后，进而討論"取得財产的自然方式"。凡是不熟悉法律学史的人，对于这些取得的"自然方式"，似乎不致在一看之下就有理論上的或者是实踐上的兴趣的。猎人捕获或杀死的野兽，由于河流在不知不覺中的淤积而在我們田野上增加的土地，和生根于我們土地上的树木，这些都是罗馬法律家称之为我們可以自然地取得的东西。較老的法学專家一定曾注意到，这类取得是普遍地为他們所处的小社会的慣例所認可的，后一时期的法律家旣然發現这些取得被归类于古"万民法"中，并把它們看作为最簡單的一种取得，就在"自然"律令中給它們分配了一个地位。这些財产所受到的尊严性在現代时期正在繼續不断增長，直至完全超过了它原来的重要性。理論已把它們作为它的美好食料，并使它們在实踐上起着最最严重的影响。

在这些"自然取得方式"中，我們有必要只研究其中的一种，即"先占" (Occupatio)。"先占"是蓄意占有在当时为无主的財产，目的(这是在專門定义中加上去的)在取得財产作为己有。罗馬法律学称为无主物 (res nullius) 的物件——即現在沒有或过去从来沒有过一个所有人的物件——只能用列举的方法来加以确定。在从来沒有过一个所有人的物件中，如野兽、魚、野雞、第一次被發掘出来的宝石，以及新發現或以前从未經过耕种的土地。在現在沒有一个所有人的物件中，包括抛棄的动产、荒廢的土地以及(一个变例的但最为惊人的項目)一个敌人的財产。在所有这些物件中，完全的所有权为第一个占有它們、意圖保留它們作为已有的占有人所取得——这种意圖在某种情况下是必須以特殊行为来表示

的。我以为我們不难理解"先占"有其普遍性，它促使有一代的罗馬法律家把"先占"的实踐列入"所有国家共有的法律"中，它有其單純性，这使另外一些法律家認为它应归因于"自然法"。但对于它在現代法律史中的命运，我們是沒有先天的考慮的。罗馬人的"先占"原則，以及法学專家把这原則發展而成的規則，是所有現代"国际法"有关"战利品"和在新發現国家中取得主权等主題的来源。它們又提供了"財产起源"的理論，这种理論立刻受到欢迎，并通过这一种或另一种形式而成为絕大部分純理論法律家所默認的理論。

我曾說过，罗馬的"先占"原則曾决定"国际法"中有关"战利品"这一章的要旨。"战爭虏获法"中的种种規定，来自这样一种假定，就是敌对行动的开始使社会回复到了一种自然状态，并且，在这样造成的人为的自然状态中，就两个交战国而論，私有財产制度就处于停止的状态。后期論述"自然法"的著者竭力主張私有財产在某种意义上是他們所解釋的制度所認可的，因此，所謂一个敌人的財产是无主物的假說，在他們看起来，是不法和惊人的，他們謹愼地把它汚蔑为仅仅是法律学上的一种拟制。但是，当我們把"自然法"的淵源追溯到"万民法"，我們立刻看到为什么一个敌人的財物会被看作无主財产，并因此而能为第一个占有人所取得。在古代，当胜利使征服者的軍队的組織解体，并任令士兵进行不分皂白的搶掠时，从事战爭的人們会自然地产生这种观念。可是，在最初，允許为虏获者所取得的，只是一些动产。我們根据一个可靠的証据，知道在古意大利，对于在一个被征服国家的土地上取得所有权，流行着一种很不同的規則，因此，我們可以猜想把先占原則适用于土地（这始終是一椿困难事）开始于"万民法"成为"自然法典"的时期，并且这是黄金时代法学專家所作的一种概括的結果。他們有关这一点的教条被保存在查斯丁尼安的"法学彙纂"中，这些教条无条件地主張，敌人的各种財产就交战的对方而論是无主物，

而虏获者使敌产成为自己所有的"先占"则是"自然法"的一种制度。国际法律学从这些立論中得出的規則，有时被人詆毁为一种不必要的对于战斗者的殘酷和貪婪的寬縱，但我認为提出这种責难的人，只是那些不熟悉战爭历史的人，因此也就是那些不了解要强使人們服从任何一种法則是怎样一种偉大功績的人。当罗馬的"先占"原則被現代的"战利品"法所采用时，带来了一些附屬的法規，使其执行得更加精确。如果把在格罗修斯論文成为权威著作后發生的战事来和較早时期的战爭相比較，可以看到，一待罗馬的格言被接受后，"战爭"立刻具有一种比較可以容忍的性質。如果把罗馬"先占"法律非难为对現代"国际法"的任何部分發生着有害的影响，则我們可以有相当理由認为曾受到有害影响的是国际法的另外一章。"公法学家"把罗馬人曾引用于宝石的發現的原則同样地引用于新国家的發現，这样就生搬硬套地采用了与期待它担当的任务完全不相称的一条学理。由于十五世紀和十六世紀偉大航海家的發現，这学理被提高到了極端重要的地位，但它所引起的爭端比它所解决的爭端更来得多。不久，在最需要明确的两个問題上，發生了最大的不明确，即关于發現人为其主权者取得的領土的范圍，以及完成主权者占有假定（adprehensio）所必需的行为的性質。更有进者，这个原則对于一件幸运的結果竟賦与了这样巨大的利益，它就本能地为欧洲有些最冒險的民族如荷兰人、英吉利人以及葡萄牙人所反对。我們英国人虽不明白否認"国际法"的規定，但在实踐上从不承認西班牙人独占墨西哥灣以南全部美洲的要求，也沒有承認法兰西国王独霸俄亥俄（Ohio）和密士失必（Mississippi）流域的要求。从伊利薩伯（Elizabeth）接位到查理二世接位时为止，在美洲領海內可以說从来沒有过完全的和平，而新英格兰殖民者侵犯法兰西国王的領土一直延續了一世紀之久。边沁看到这条法律在运用中所遇到的混乱情况，受到很深

刻的印象，竟然失其常态而去讚美那著名的教皇亞历山大六世(Pope Alexander the Sixth)的"訓諭"，在亞速尔羣島(Azores)之西一百海哩处划一分界綫把世界上未發現的国家分給西班牙人和葡萄牙人；边沁的讚揚，初看起来，好像很是奇怪的，但教皇亞历山大的安排，究竟是否在原則上眞比"公法"的規定更为妄謬，还是可疑的。因为"公法"把半个大陆給与一个国王，主要由于他的臣僕們所做的，恰恰符合罗馬法律学的規定，符合取得一件可以用手复盖的貴重物件时所需要的各种条件。

从事研究本書主題的人們，所以認为"先占"饒有兴味者，主要由于它对純理論法律学所作出的貢献，即它提供了一个关于私有財产起源的假說。过去曾一度普遍地認为"先占"中包含的手續程序和在最初时屬于共有的土地及其果实轉变成为个人財产的手續程序，是同样的。导致这个假定的思想过程是不难理解的，如果我們掌握了"自然法"概念上古代的和現代的区别。罗馬法律家認为，"先占"是取得財产的"自然方式"之一，他們毫不怀疑地深信，如果人类眞能生活在"自然"的制度下，"先占"必将为他們的实踐之一。至于他們是否眞正自信这样的民族状态确实存在，則象我在前面已經說过的，是他們論文中留而未决的一点；但他們有一个推測則确是所有时代的人一致認为可信的，即財产制度并不是自有人类以来就有的制度。現代法律学一无保留地接受他們的全部教条，而对于这种假定的"自然"状态所怀抱的热誠好奇，甚且超过了他們。此后，由于現代法律学接受了这个論点，認为土地及其果实在过去一度是无主物，同时也由于它对于"自然"的特殊見解使得它毫无犹豫地假定人类在組織民事社会前很久就确实实行过无主物的"先占"，我們可以立刻得到这样一个推理：即"先占"是一个手續程序，通过了这个手續程序，原始世界的"无人物件"在世界历史中即成为个人的私有財产。要列举那些贊成这个理論的某一形式的法

学家，将是无聊的，并且也沒有这样做的必要，因为始終作为其时代一般意見的忠实索引的布拉克斯頓，曾在他的第二部书的第一章中有如下一段概括。

他写道："土地及土地里的一切物件是人类直接得自'造物主'的賜贈的一般財产。財物共有即使在最早时代，似乎也从来沒有适用于物件实体以外的部分；也不能扩大及于物件的使用。因为，根据自然法律和理性，凡是第一个开始使用它的人即在其中取得一种暫时所有权，只要他使用着它，这种所有权就繼續存在，但是不能比使用期更長；或者，更确切一些講，占有的权利只是与占有行为同时繼續存在。这样，土地是共有的，沒有一部分可以成为任何特定个人的永久財产；但如有人占有了它的任何一定的地点作为休息、居住以及类似目的之用，即暫时取得一种所有权，如果有人用武力把他赶走，这是不公正的并且是違反自然法的，但是一当他离开而不复占有它时，别的人就可以夺取它而并无不公正之处。"他于是再进而辯称："当人类日益增加，就有必要接受較永久的所有权的概念，不是仅仅把眼前的使用权而是要把将被使用的物件的实体撥归个人所有。"

这一节中有一些模糊的說法，令人怀疑布拉克斯頓对于他在他的权威著作中所找到的命題即所謂地面的所有权在"自然"法下是由占有人第一个取得的意义，似乎并不完全了解；但他有意地或是由于誤解而加于这个理論上的限制，使它变成了它所不时采取的形式。許多比布拉克斯頓更著名的作者在用語上是确切的，認为在事物开始时，"先占"最初給与一种針对世人来說是排外性的但又只是暫时享有的权利，到后来，这种权利一方面保持其排外性，同时又成为永久的。他們这样来說明其理論，目的是为了使"自然"状态中的无主物通过"先占"而成为財产的学理，和他們从聖經史中所获得的推理取得一致，即族長們在最初对牧养其牛羊的土地

幷不是永久占有的。

直接适用于布拉克斯頓理論的唯一批評，是在研究那个造成他的原始社会圖景的情況，是否要比其他能同样容易地想象出来的情况更接近可能一些。用这种方法来研究，我們可以恰当地詢問，是不是占有(布拉克斯頓显然是按照其普通英語意义而使用这个名詞的）土地上一定地点作为休息或居住的人就应該准許保留它而不受干扰。在这样情况下，他的占有权必須有同样广大的力量，才能保留它，幷且他也很可能时常受到新来者的干扰，如果这个新来者看中了这塊土地幷自以为有强力足以把占有人驅逐掉。但事实是：所有对这些論点的一切强辯由于这些論点本身的毫无根据而完全沒有价值。人类在原始状态中所做的也許幷不是一个毫无办法加以研究的主題，但对于他們为什么要这样做的动机，則可能就无法知道了。这些有关世界最古年代人类情況的描写，受到这两种假定的影响，首先是假定人类幷不具有他們現在被圍繞着的大部分的情況，其次是假定在这样想象的条件下他們会保存着刺激他們現在活动的同样情緒和偏見，——虽然在事实上，这些情緒很可能正是由这个假定認为他們应該被剝夺的情况所創設和产生的。

薩維尼有一个格言，有时被認为是在贊助着和布拉克斯頓所概括的一些理論頗相近似的一种有关財产起源的見解。这个偉大的日耳曼法律家宣称：一切"所有权"都是因"时效"(Prescription)而成熟的"他主占有"(Adverse Possession)。薩維尼作出这样說明，只是就罗馬法而言，在全部理解其含义以前，必須对用語的解釋和定义耗費很多劳力。可是，他的意思可以充分正确地表現出来，如果我們認为他所断言的是：不論我們对罗馬人所接受的有关所有权的观念鉆研得如何深入，不論我們在追溯这些观念时如何密切接近法律的初生时代，我們所能得到的有关所有权

的概念不外乎包括这三个要素——“占有”，“他主占有”，即不是一种任意的或从屬的而是一种針对世人来說的絕对占有，以及“时效”，也就是“他主占有”不間断地延續着的一定期間。非常可能，这个格言可以用其著者所允許的更大的概括性来表达，但如果我們所考察的任何法律制度的發生远在这些联合观念构成所有权观念的时期以前，則就很难預期一个合理可靠的結論。同时薩維尼的准則不但确立了关于財产起源的通俗理論，它的特殊价值还在于使我們注意到它的弱点。在布拉克斯頓和他的追随者的見解中，神秘地影响我們人类祖先的心理的是取得專門享有的方式。但神秘之处，并不在此。所有权以他主占有开始，并不足以奇怪。第一个所有人应該是武装的强有力的人，才能保証其物件的安全，这也并非出于意外。但是为什么一定要經过一定的时間，才能产生一种尊重他占有的情緒——这正就是为什么人类对于一切在事实上長时期存在的东西普遍加以尊敬的根源——，这才眞正有深入研究的必要但却远不屬于本文范圍之內的問題。

在指出我們可能多少蒐集一些有关所有权早期历史知識的处所之前，我敢提出我的意見。我認为一般对于“先占”在文明第一阶段中起的作用所产生的印象，恰正和眞相直接相反。“先占”是实物占有的有意承担；至于这样一种行为賦予人們对“无主物”享有权利的看法，不但不是很早期社会的特征，而且很可能，这是一种进步法律学和一种在安定的情况下法律产生的結果。只有在財产权利的不可侵犯性在实际上長期得到了認可时，以及絕大多数的享有物件已屬于私人所有时，單純的占有可以准許第一个占有人就以前沒有被主張所有权的物品取得完全所有权。产生这个学理的情緒，和作为文明开始时期的特征的所有权的少見和不固定，是絕对不能調和的。它的眞正的基础，并不在于对这“財产权”制度出于天性的偏爱，而是在于这个制度長期繼續存在而發生的一种

推定，即每一种物件都应该有一个所有人。当一个"无主物"、也就是当一个还沒有或者从来没有成为完全所有权的物件被占有时，占有人所以被允許成为所有人，是出于这样一种感覚，即所有的貴重物件天然地是一种絕对占有的主体，而在上述的情况中，除了"占有人"以外还沒有一个人被授与过财产权。簡言之，"占有人"成为所有人，因为所有的物件都被假定为应該是屬于某个人的財产，同时也因为沒有一个人比他对这特定物件有更好的所有权。

即使对于我們所討論的、在其自然状态中的人类的描写沒有其他反对意見，但在有一点上，这种描述是和我們所掌握的真憑实据严重地不一致的。可以看到，这些理論所假定的各种行为和动机是"个人"的行为和动机。为自己签署"社会契約"的，是每一个"个人"。这好象是一个移动的沙洲，而作为沙洲中的沙粒的是"个人"，按照霍布斯的理論，这些沙粒由于强力的鍛煉凝固为社会岩石。在布拉克斯顿所描繪的圖画中，"占有了它的任何一定的地点作为休息、居住以及类似目的之用"的，也是一个"个人"。它的缺点是：它必然要动搖从罗馬"自然法"所傳下来的一切理論。罗馬"自然法"和"市民法"主要不同之处，是在于它对"个人"的重視，它对人类文明所作最大的貢献，就在于它把个人从古代社会的权威中解放出来。但是有必要再一次加以重复的就是"古代法律"几乎全然不知"个人"。它所关心的不是"个人"而是"家族"，不是單独的人而是集团。即使到了"国家"的法律成功地透过了它原来无法穿过的亲族的小圈子时，它对于"个人"的看法还是和法律学成熟阶段的看法显著地不同的。每一个公民的生命并不認为以出生到死亡为限；个人生命只是其祖先生存的一种延續，并在其后裔的生存中又延續下去。

罗馬人就"人法"和"物法"之間的区分，虽然是極端方便的，但却是完全人为的，这个区分显然促使我們在研究当前的主題时，离

开了眞正的方向。当討論到“物法”（Jus Rerum）时，就把討論“人法”（Jus Personarum）中所得的敎訓忘記了，当考慮到“財产”、“契約”以及“侵权行为”（Delict）等等时，好像从关于“人”的原始状态所确定的事实中，不能获得有关它們原始性質的暗示。如果一个純粹古法律制度可以放在我們的面前，并适用罗馬的分类来作为試驗，这种方法的无用是显而易見的。不久就可以看到，把“人法”从“物法”中分离出来，在法律的初生时代是毫无意义的，因为屬于这两个部門的規定是难解地錯杂在一起的，而后期法律家的区分只可能适用于后期法律学。本文开始时已經說过，可以推断，如果把我們的注意力限于个人的所有权，則就先天地極少可能对早期的財产史获得任何綫索。眞正古代的制度很可能是共同所有权而不是各別的所有权，我們能得到指示的財产形式，則是些和家族权利及亲族团体权利有联系的形式。在这里，罗馬法律学不能对我們有所啓發，因为正是被自然法理論所改变后的罗馬法律学把下述的印象遺留給我們現代人，即个人所有权是正常状态的所有权，而人的集团所共有的所有权只是通則的一个例外。可是，凡是要探究原始社会任何已經消灭的制度的人，有一个共产体始終应該仔細地加以研究。对長期居留在印度的一支印度-欧罗巴系，这类原始制度即使曾經發生过重大变化，但我們發現它絕少完全拋棄它原来在其中長大的外面輪廓。在印度人中間，我們确实發現有一种所有权形式应立刻引起我們的注意，因为它完全符合我們研究“人法”中有关財产原始状态时要使我們接受的各种观念。印度“村落共产体”一方面是一个有組織的宗法社会，另一方面又是共同所有人的一个集合。組成它的人們相互之間的个人关系是和他們的財产所有权不能辨別地混淆在一起的，英国官吏曾企圖要把两者加以分开，这种企圖被認为是英印統治中最惊人的失策。印度的“村落共产体”是被公認为非常古老的。不論

从哪一个方面来深入研究印度历史，印度的一般历史或者地方史，在其历史發展的最早时期常常可以發現有这种“共产体”的存在。許多有才智的和善于观察的著者，其中大部分的人对于这种“共产体”的性质和来源，都沒有任何理論的支持，但他們却一致同意認为它是一种最不容易摧毀的社会制度，它从来不願意把任何一个慣例加以革新。征服和革命不断地横扫而过，但是并沒有扰乱它或除掉它，在印度，凡是最好的政府制度似乎始終是把它承認为行政基础的那些政府制度。

成熟的罗馬法律以及紧接着它的足迹的現代法律学把共有制度看作財产权中一种例外的、暂时的状态。在西欧普遍流行着的格言：沒有人能違背其意志而被保留在共同所有制中（Nemo in communione potest invitus detineri），就明显地表示出这种見解。但是在印度，他們的想法恰恰相反，个別的所有制始終是朝着共同所有制的方向在發展。其过程已經在前面談到了。兒子一出世就已在父的財产中立即取得一种既得利益；当到达成年时，在某种偶然情况下，法律的条文甚至許可他要求分割家族財产。可是，在事实上，甚至在父死亡时，也絕少發生分家的，財产繼續被保留不分割有几代之久，虽然每一代的每一个成員对于財产中沒有經过分割的一个份額都各有一种合法权利。这样共有的領地有时由一个选任的管理人加以管理，但在一般情况下，在某些省份中，始終是由年事較高的宗亲、也就是由血族中最長一支系的最年長的代表来管理。这样一种共同財产所有人的集合，一个持有一个共有領地的亲族的集团，是最簡單形式的印度“村落共产体”。但是这个“共产体”不仅仅是一个因亲族的同胞之誼而結合起来的，也不仅仅是一种合伙的联合。它是一个有組織的社会，它不但管理着共有基金，并且通过一整套的官吏来管理着內政、警务、司法以及稅賦和公共义务的分配。

我在上面叙述的一个"村落共产体"的形成过程，可以視为典型的。但我們不能就因此而假定，在印度每一个"村落共产体"都是在这样一种簡單方式里面結合起来的。虽然据我所知，在印度北部，在保存下来的記录中，几乎一成不变地表明"共产体"是由一种簡單的血亲集合而成的，但記录中也提供我們这种情况，即血亲外的人也始終随时可以参加进来，并且在某种条件下，只要是一个份額財产的买受人，一般地就可以被准許加入族內。在印度半島的南部，常常有一些"共产体"似乎不是由一个而是由二个或更多的家族發展而成的；也有些"共产体"的构成部分經公認是完全出于人为的；眞的，有时在同一社会中聚合着屬于不同族籍的人們，这种情况对于一个共同祖先的假設是一个致命的打击。但是在所有这些同族中，或者保留着一个共同祖先的傳統，或者有着这样一个共同祖先的假定。蒙特斯圖亚特·爱芬斯吞 (Mountstuart Elphinstone) 曾經特別詳細描述过"南方村落共产体"（在其"印度史"第 71 頁中）。他这样說："一般人的看法是：村落的土地所有人都是开拓这个村落的一个或几个个人的后裔；向原有族員購买或通过其他方法从原有家族成員取得权利的人，則是仅有的例外。这一个推定由下述事实加以証实，即直到現在，在小村落中，往往只有一个唯一的家族的土地所有人，大村落中的土地所有人往往也只有少数几个家族；但每一个家族都有許多成員，以致全部农业劳动普通都是由土地所有人自己担任的，不需要佃农或工人的帮助。土地所有人的权利是他們集体所有的，虽然他們几乎始終可以取得其中或多或少一个完整的部分，但他們从来沒有發生过一次全部的分割。例如，一个土地所有人可以出卖或抵押其权利；但他必須首先取得'村落'的同意，而买受人就恰恰抵充他的位置并負担他的所有义务。如果一家沒有后裔，它的份額便应归入共有財产中。"

本書第五章中提到的一些意見，我相信可以帮助讀者理解爰芬斯吞所談的重要性。沒有一种原始社会的制度可能会保存到今天，除非是通过某种生动的法律拟制使它取得了原来性質所沒有的一种彈性。因此，“村落共产体”不一定是一种血亲的集合，它或者是这类的一种集合，或者是根据一个亲屬联合的模型而組成的一个共同財产所有人的集体。和它可以相比拟的类型显然不是罗馬的“家族”，而是罗馬的“氏族”或“大氏族”。“氏族”也是根据家族的模型而組成的一个集团；这是通过多种多样的拟制而扩大的家族，这些拟制的确切性質已經湮沒不可考了。在历史时期內，其主要的特点正就是爰芬斯吞在“村落共产体”中所談到的两点。过去始終有一个共同祖先的假定，这个假定有时和事实显然是有出入的；我們再重复一次历史学家的話，“如果一家沒有后裔，它的份額便应归入共有財产中”。在旧罗馬法中，无人主張的繼承权归屬于“同族人”。凡是研究它們历史的人們都这样怀疑，認为“共产体”和“氏族”一样，一般都由于准許族外人的加入而混杂，但“共产体”吸收族外人的确实方式，現在已无法确定。在現在，据爰芬斯吞告訴我們，“共产体”在取得族人同意后用接納买受人的方法而补充成員。然而，这个被收养成員的取得是屬于一种概括繼承的性質；随着他所买受的份額，他同时繼承了卖主对集合体所負的全部責任。他是一个“家产买主”，他开始抵充某人的地位，也就繼承了他的法律身分。要接納他必須取得全族人的同意，这使我們回忆到“貴族民会”那些自命为亲屬的較多族人所組成的“議会”、也就是古代罗馬共和政体所竭力堅持的同意，他們堅执地認为这种同意是使一个“收养”合法化和使一个“遺囑”获得确認所必要的条件。

在印度“村落共产体”的每一个方面几乎都可以發現一种極端古老的象征。我們有極多的充足的理由来猜疑：法律初生时代的特点是，由于人格权和財产权的混杂不清以及公法义务和私法义

务的混淆在一起而流行着共同所有制，因此，即使在世界的任何其他部分都不能發現类似地混合的社会，我們应有正当理由从我們对于这些財产所有同族团体的考察中推論出許多重要的結論来。在欧洲有一些部分其財产权很少受到封建变化的影响，在許多其他重要方面它和东方世界的关系也象和西方世界一样密切，在这些部分中，恰巧有一套类似的現象在最近引起了許多热切的兴趣。哈克索孙（M. de Haxthausen）、頓戈波斯基（M. Tengoborski）以及其他人的科学研究告訴我們，俄罗斯的村落并不是人們的偶然集合，也不是根据契約而組成的联合体；它們是和印度那些村落一样天然組織起来的共产体。誠然，这些村落在理論上始終是某些貴族所有人的世襲財产，农民从历史时期起就已变成領主的附屬于土地的农奴，在很多情况下，并成为領主个人的农奴。但这高貴的所有制的压力从来沒有把古代的村落組織加以破坏，而且很可能，这个假定为把农奴制介紹来的俄罗斯沙皇，他在制定法律时的真正意圖是在防止农民舍棄那种合作，因为沒有这种合作，旧的社会秩序是不可能長期維持的。在俄罗斯“村落”中，村民之間是假定有一种宗亲的关系的，人格权和所有权是混杂在一起的，在內政方面亦有多种多样的自發規定，这一切就使它几乎完全和印度“共产体”重复；但是有一个重要的不同之点，是我們極感兴趣的。一个印度村落的共同所有人，虽然其財产是混在一起的，但他們有其各別的权利，而且这种权利的分割是完全和无限制地繼續着的。在一个俄罗斯村落中，权利的分割在理論上也是完全的，但只是暫时的。在一定的、但并不是在所有情况中都是同样的时期終了后，各别的所有权即告消灭，村落的土地就集中在一起，然后在組成共产体的家族中按照人数重行分配。这种再分配实行后，家族的和个人的权利又被分成为各个支系，作为再一次分配时期到来之前繼續遵循的根据。还有一种所有权更奇特的变形發生在

某些国家中，这些国家長期成为土耳其帝国和奧地利皇室領土之間的一塊爭执的土地。在塞尔維亞(Servia)、在克罗西亞(Croatia)以及在奧地利的斯拉窩尼亞，各种村落也都是由旣是共同所有人又是亲屬的人們集合而成的；但在那里，共产体的內部安排和以上两个例子中所提到的有所不同。在这一例子中，共有財产的內容不但在事实上不分割，幷且在理論上也認为是不能分割的，全部土地由所有村民的联合劳动耕种着，农产物每年在各家村民中分配一次，有时按照各家假定的需要，有时按照規定而以一定份額的用益权給与各别的人。东欧的法学家都認为所有这些实踐都可追溯到一个据說在最古的斯拉夫法律中可以找到的原則，就是家族財产不能永久分割的原則。

在以上研究中發現的这些現象所以会引起人們的極大兴趣，主要是它使我們得以了解原来持有財产的团体內部的各别所有权的發展情况。我們有强有力的理由，認定在某一个时期中，財产不屬于个人、甚至也不屬于各别的家族，而是屬于按照宗法模型組成的較大的社会所有；从古代所有权轉变到現代所有权的方式，虽然还是十分模糊的，但是如果有几种显著的"村落共产体"形式沒有被發現幷加以研究的話，則可能还要更加模糊。在印度-欧罗巴血統的民族中間，过去可以看到，或者至今还可以看到一些宗法团体，其中各式各样的內部安排是有加以注意的价值的。据說，未开化的苏格兰高原部族領袖經常每隔一个短时期、有时甚至是逐日把食物分配給其管轄下各家庭的家長。奧地利和土耳其省的斯拉夫村人也由他們团体的長輩作定期分配，但在这里，是把全年全部农产物一次分配的。可是在俄罗斯村落中，財产的实体已不再被視为不可分割的，各别的对于財产的要求准許自由提出，但在这里，分割的进程在繼續一定的时期以后即断然停止。在印度，不但沒有共有財产的不可分性，幷且共有財产的各个部分所具有的各别

的財产所有权得无限制地延長，并分为任何数量的派生所有权，但是公有財产的"事实上"的分割則为根深蒂固的習慣所阻止，也为反对在未經族人同意时接納族外人的規定所阻止。当然，我們并不想坚持这些不同形式的"村落共产体"可以代表到处都以同样方式完成的一种变化过程中的各个阶段。虽然証据并不允許我們前进过远，但是我們如果認为，就我們所看到的那种形式的私有財产权，主要是由一个共产体的混合权利中逐步分离出来的各别的个人权利所組成的，这种猜度，并不能說是完全毫无根据的臆測。我們在研究"人法"时，似乎可以看到"家族"扩張而成为亲屬的"宗亲"集团，然后，"宗亲"团体分解而成为各个的家；最后，家又为个人所代替；現在可以提出这样的意見，即在这个变化中每一个步驟相当于"所有权"性質中一次类似的改变。如果在这个意見中有任何眞理的話，可以看到，它在实質上影响了有关"財产"起源的理論家一般都向他們自己提出的問題。他們最急切需要解决的問題——也許是一个无法解决的問題——是：最初引起人們相互尊重他人的所有物，其动机究竟是什么？这个問題也可以用这种形式来表現，虽然也很少希望能为它找到一个答案，即研究一下使得一个混合团体和其他混合团体的領地离开的原因。但是，私有"財产"史中最最重要的一章如果眞是它的逐漸从亲屬共同所有权中解除出来，那末，需要研究的主要之点，就和在所有历史法律学門口所要遇到的問題完全相同——即原来促使人們团結在家族联合体中的动机究竟是什么？对于这样一个問題，如果沒有其他科学的帮助，單靠法律学是不能提出一个答案的。这个事实不得不加以注意。

古代社会的財产是不分割的，但这种状态是和当任何單独的一部分完全从集团遺产中分离出来时就立刻表現的一种特殊鮮明的分割，是不相矛盾的。这种現象的产生，无疑地是由于財产經分割后，就成为一个新的团体的所有物，因此，在已經分离的状态下，

如果要和它發生往来，就成为两个高度复杂团体之間的一种交易了。我已經就各集合体的大小和复杂程度等方面，把古代法和現代国际法加以比較，这些集合体的权利和义务古代法里都有規定。古代法中的契約和讓与旣然不是以单独的个人而是以有組織的人的团体为当事人，这些契約和讓与就有高等的仪式；它們需要多种多样象征性的行为或言辞，其目的是使整个交易能深深地印在参与仪式的每一个人的記忆中；它們幷且要求一个很大数目的証人到場。从这些特点以及类似的其他特点产生了古代財产形式上普遍存在着的頑强性。有时，家族的遺产是絕对不可讓与的，像斯拉夫人的情形，更通常的是，虽然讓与不一定完全非法，但象在大部分的日耳曼部落中那样，讓与在实际上几乎是不能实行的，因为要移轉就必須取得多数人的同意。在这些障碍幷不存在或是能够克服的地方，讓与行为的本身一般都为一大套不能有絲毫疏忽的仪式所重累着。古代法一致拒絕廢除一个單独动作，不論它是如何地荒誕；一个單独的音节，不論其意义可能是早已被忘却了；一个單独的証人，不論他的証詞是如何地多余。全部的仪式应該由法律上所規定的必須参加的人們毫不苟且地加以完成，否則讓与便归无效，而出卖人亦恢复其权利，因为他移轉的企圖幷未生效。

对使用物件和享有物件的自由流通所加的种种障碍，只要社会获得極为細微的活动时，就会立刻被感觉到，前进中的社会就竭力用种种权宜手段来克服这些障碍，这就形成了“財产”史中的材料。在这些手段中，有一个更重要，因为它更古老和普遍。把財产分为許多类别的想法，似乎是大多数早期社会中自發地产生的。有一种或一类的財产放在比較不貴重的地位上，但在同时却免除了古代加在它們上面的种种拘束。后来，适用于低級財产移轉与繼承的規定，其高度的便利逐漸被一般人所承認，在經过了一个漸进的改革过程后，比較不貴重一类的有价物的可塑性就傳染給

傳統上地位較高一級的各类物件。罗馬"財产法"的历史就是"要式交易物"和"非要式交易物"同化的历史。在欧洲大陆上的"財产"史是罗馬化的动产法消灭封建化的土地法的历史，虽然在英国所有权的历史还沒有接近完成，但已可以看出，动产法是在威胁着要併吞和毁灭不动产法。

享有物件的唯一自然分类，即能符合物体中实質区别的唯一分类，是把它們分成为"动产"和"不动产"。这种分类虽是法律学中所熟悉的，但它是罗馬法慢慢地發展而得来的，并且直到罗馬法的最后阶段才被采用。我們現在的分类就是从罗馬法得来的。"古代法"的分类有时在表面上和这个分类很相类似。古代法分类偶然地把財产分为各个范疇，并把不动产作为其中的一項；但是后来發現它們或者把許多和不动产毫无关系的物件归在不动产之內，或者把它們从和它們有極密切关系的各种权利中强行分出来。这样，在罗馬法中，"要式交易物"不但包括土地，并且也包括奴隶和牛馬。苏格兰法律把某种抵押物和土地列在一起，印度法則把土地和奴隶联系起来。在另一方面，英国法律把多年的土地租賃和土地上的其他利益分列，并把前者用动产物 (chattels real) 的名义併入动产之內。更有进者，"古代法"的分类是含有贵重和低賤之意的分类；动产和不动产之間的区分，至少以罗馬法律学而論，实在并不具有尊鄙的意思。"要式交易物"最初的确要比"非要式交易物"优越些，正象苏格兰的可繼承財产和英格兰的不动产优越于和它們相对的动产一样。研究一切制度的法律家都不辞劳苦，力求以某种易解的原則来說明这些分类；但在法律哲学中去寻求划分的理由，結果必然是徒劳无功；它們不屬于法律哲学而屬法律历史。可以用来概括絕大多数事例的解釋是，比其余享用物贵重的享用物，一般都是每一个特定社会最初和最早知道的，因此也就着重地用"財产"的名称来尊重它們的那些形式的財产。在另一方

面，所有不列入要好的物件中的物品都被列在較次的地位，因为关于它們价值的知識是肯定在貴重財产目录已經确定之后。它們在最初是不为人們所知道的，稀少，用途有限，再不然就被認为是特权物件的附屬物。这样，罗馬"要式交易物"虽然包括了許多極有价值的动产，但价值最高的宝石仍旧是从来沒有被列入"要式交易物"項內，因为它們是古罗馬人所不知道的。同样地，在英国，动产物据說已下降到动产的地位，因为在封建土地法下，这类地产是不常見的，并且是毫无价值的。但最饒有兴趣的是，这些商品繼續降格，正当其重要性已有增加、其数量已有增多时。为什么它們沒有繼續被包括在要好的享有物件中呢？理由之一，是由于"古代法"固执地墨守着它的分类。凡是沒有受过教育的人和早期社会都有这样一个特点，他們除了在实际上所熟悉的特定应用之外，一般都不能想出一条通用的規則。他們不能从日常經驗中遇到的特殊事件中分析出一个通用的名詞或通用的格言；这样，包括为我們所熟知的各种形式財产的名称，就被拒絕适用于和它們完全类似的其他享有物件和权利主体上。对象法律那样稳定的一个主題發生了特别的力量，后来又添加了其他更适合于文明进步以及一般适宜概念的影响。法院和法律家終于对要好商品的移轉、回复或遺傳中所需要的各种令人困惑的手續程序，感到不便，于是便也不顧把作为法律幼年时代特点的專門束縛加于新的各类財产之上。因此就产生了一种傾向，把这些最后發現的物件在法律学安排中列在最低的地位，只通过較簡單的程序就可以移轉，比較古代的讓与簡便了許多，不再用来作为善意的絆脚石和詐欺的进身阶了。我們也許有低估古代移轉方式的不便的危險。我們的讓与証書是書面的，其中的文字既經职业起草者审愼推敲过，在正确性上就絕少存在着缺点。但是一个古代讓与不是用書面的，而是用行动的。动作和口语代替了書面專門語法，任何公式被誤讀了或是象征的行为

被遺漏了，就可能使程序归于无效，正如二百年前在叙述使用权或發表殘余財产权中發生一个重大錯誤时，就使一个英国契据归于无效一样。眞的，古代仪式的害处，上面所說的仅及其半。假使只在土地的移轉中需要有書面的或行为的精密讓与，由于这类財产絕少在極忽忙之中予以处分，在移轉时發生錯誤的机会是不会多的。但是古代世界中所謂高級財产不但包括土地，并且也包括几种最最普通和几种最最有价值的动产。当社会一經开始很快地运动时，如果对于一匹馬或一头牛，或对于古代世界最有价值的可移动之物——"奴隶"——都需要高度地錯綜复杂形式的移轉，必将感到很大的不便。这类商品一定常常是、并且甚至于原来是用不完全的形式来讓与的，因此也就在不完全的名义下持有它們。

古罗馬法中的"要式交易物"是土地——在有史时期，指意大利疆土內的土地，——奴隶以及負重的牲畜，如牛和馬。毫无疑問，构成这一类别的物件都是农业劳动的工具，对于一个原始民族很重要的商品。我猜想，这类商品最初称为"物件"或"財产"，而它們移轉的讓与方式称作"曼企帕因"或"曼企帕地荷"；但可能要直到很后的时期，它們才接受了"要式交易物"的特别名称，所謂"要式交易物"，就是"需要一次'曼企帕地荷'的物件"。可能除此以外，存在着或产生了有一类的物件，这些物件是不值得堅持采用全部的"曼企帕地荷"仪式的。当这些物件由所有人移轉給所有人时，只須进行通常手續程序的一部分，这一部分就是实际送达、实物移轉或交付，这是一种財产所有权变更的最明显的标誌。这类商品是古代法律学中的"非要式交易物"，即"不需要一次'曼企帕地荷'的物件"，这些物件在起初可能很少被重視，并且也不常从一个团体的所有人移轉給另一团体的所有人的。可是，"要式交易物"的目录虽是不可改变地定下来了，但"非要式交易物"的目录却在无限制地扩大；从此，人类对物質自然每一次新的征服就在"非要

式交易物”上添加了一个新的項目，或在那些已經公認的項目中实行一次修改。因此，它們就不知不覺地提高到和“要式交易物”处于平等的地位，一种固有的低級的印象就这样逐漸消失，人們也就看到了在他們移轉时，如果用簡單的手續，比較采用复杂和严肃的仪式有更多的利益。法律改良中的两个媒介即“拟制”和“衡平”就被罗馬法律学專心一致地运用着，使得“交付”能具有“曼企帕地荷”的实际效果。同时，虽然罗馬立法者長期不敢制訂法律，規定“要式交易物”中的財产权可通过簡單的物件送达而立即移轉，但甚至这样一个步驟，最后也为查斯丁尼安大胆地做了，在他的法律学中，“要式交易物”和“非要式交易物”之间的区别已完全消失，“交付”或“送达”成为法律所承認的最大让与。罗馬法律家很早就对“交付”有显著的偏爱，这种偏爱使他們在理論中分配給“交付”一个特殊地位，使現代学生們无法看到其眞正的历史。“交付”被归类在“自然的”取得方式中，一方面因为它在意大利各部落中普遍地应用着，另一方面因为它是能通过最簡單机构来达到其目的的一种过程。如果把法学专家的言語簡要地加以重述，无疑地包含着：屬于“自然法”的“交付”比“曼企帕地荷”还要古老，因为“曼企帕地荷”是一个“市民社会”的制度；我認为不消說得，这一点是恰恰和事实相反的。

“要式交易物”和“非要式交易物”之間的区分是一种有功于人类文明的区分，这种区分涉及全部商品，它把商品中的一小部分归入一类，而把其余的列入較低級的一类。各种低級的財产，由于蔑視和忽視，首先从原始法律所喜爱的复杂仪式中釋放出来，此后，在另一种智力进步的状态下，簡單的移轉和恢复方法便被采用，作为一个模型，以它的便利和簡單来非难从古代傳下来的繁重仪式。但是，在有些社会中，財产所受到的束縛是过分地复杂和严密，不能輕易地得到放松。当印度人生出男性的子嗣时，象我已經說过的

印度的法律便使他們都在父的財产中取得一种利益，并使他們的同意成为財产讓与的一个必要条件。古日耳曼民族的一种通例具有同样的精神——值得注意的是，盎格魯-撒克逊的習慣似乎是一个例外——，它規定在未經取得男性子嗣同意前禁止讓与財产；斯拉夫人的原始法律甚至完全禁止讓与。很明显，这一类的障碍是不能用在各种財产之間加以区分的方法来克服的，因为困难涉及所有各类商品；因此，当"古代法"一度开始向改进的道路發展时，就用另外一种性質的区分来克服这种障碍，这种区分不是按照財产的性質而是按照其淵源来分类。在印度，就有两种分类制度的遺迹，我們現在考慮的一种可以用印度法在"繼承財产"和"取得物"之間建立的区分来例証。父的繼承財产在其子出生时即为他們所分有；但按照大多数省分的習慣，他本人在世时取得的則完全为他个人所有，并可以由他任意移轉。罗馬法中有一种类似的区分，这是对"父权"最早的一种改革，它允許子把他在軍役中所获得的物件归他自己所有。但这种分类方法，在日耳曼人中得到最广泛的应用。我曾反复地說过，自主地虽然并非不可讓与，但一般必須經过很大的困难才可以移轉；而且，自主地只可以遺傳給宗亲屬。于是，非常多种多样的区分便被承認了，都企圖消灭和自主土地分不开的各种不便。例如，杀害亲屬和解費 (wehrgeld) 在日耳曼法律学中占有很大的地位，却并不成为家族領地的一部分，并且根据完全不同的繼承規則而遺傳。同样的，寡妇再醮时所課的罰金 (reipus) 也不併入它所給付的人的自主地之內，在移轉时，并且也可以不理会宗亲的特权。日耳曼的法律也象印度人的法律一样，把家長的"取得物"和"繼承"財产区分开来，准許他在十分自由的条件下处理其"取得物"。其他种类的分类也是被承認的，常見的是土地与动产的区分；但是在动产項下还被分成几个附屬的类別，每一类都适用一种不同的規則。象征服罗馬帝国的日耳曼人

那样未开化的民族竟会有这样丰富的分类，我們在初看起来似乎是很奇怪的，但这无疑地是由于他們的制度中有相当数量的罗馬法成分，这些都是他們長期寄居于罗馬領土边境的时期內吸收的。对于自主地以外各种商品的移轉和遺傳的規定，我們可以毫无困难地發現其中許多来自罗馬法律学，这些都可能是他們在非常長的时間內零零星星地从罗馬法律学中借用来的。究竟阻碍財产自由流通的障碍通过了这类手段能克服到何种程度，我們无法加以猜度，因为这些区分已在現代历史上消失了。我在前面已解釋过，自主地形式的財产在封建时期已完全消灭了，并且当封建制度一經巩固后，西方世界所有各种区分在实际上只有一种还留存着——就是土地和物件、不动产和动产之間的区分。在外表上，这个区分和罗馬法在最后采用的那种区分相同，但中世紀的法律和罗馬法律在有一点上是显然不同的，这就是中世紀的法律認为不动产比动产更加高貴。这一个例子，就足以証明它所屬的一类方法的重要性。在以法兰西法典为其制度的基础的一切国家中，也就是在欧洲大陆的絕大部分国家中，始終是来自罗馬法律的动产法代替了和廢棄了封建的土地法。英国是唯一的重要国家，在那里这种变化虽然已有进展，但并沒有接近完成。应該进一步說明，我国也是唯一重要的欧洲国家，在其中，动产和不动产的分开受到了在过去曾促使古代分类乖离了唯一合乎自然分类的同一种影响的扰乱。英国的分类在大体上是分为土地和物件；但某种物件被作为繼承动产(heir-loom)和土地列在一起，某种土地上的利益則由于历史上的原因又和动产平列。英国法律学站在法律变化的主流之外，重复着古代法律的現象，这里所說的并不是唯一的事例。

因为本文的范圍只許可提到那些極古的方法，我要再談一二个方法，通过了这些方法，古代人对于財产所有权所加的种种束縛多少放松了一些。特別是其中的一种必須加以詳細討論，因为凡

是不熟悉早期法律史的人都不会很容易地相信：現代法律学非常迟緩并且經过了絕大困难才获得承認的一条原則，却在法律科学很幼年时代就非常熟悉了。在一切法律中，現代人最不願采用并不願使它产生合法后果的原則，就是罗馬人所知的“时效取得”和在“时效”的名义下一直傳到現代法律学的原則，虽然这个原則是有它有利的性質的。最古罗馬法上有一条明定的規則，比“十二銅表法”更古老，它規定：凡是曾被不間断地持有一定时期的商品即成为占有人的財产。占有的期間是極短促的——一年或二年，根据商品的性質而定——，在有史时期內，“时效取得”只在用一种特殊方式开始占有时才能准許有效；但我以为在一个較不进步的时代，比我們在权威著作中所讀到的更不严格的条件下，占有也很可能变成所有权。我在前面已經說过，我决不主張人类对于事实上占有的尊重是法律学本身所能說明的一种現象，但有必要說明的是，原始社会在采用“时效取得”原則时，并沒有被曾經阻碍現代人接受这原則的那些純理論的疑虑和躊躇所困惑。現代法律家对于“时效”的看法，起先是嫌恶，后来則是勉强贊成。在有几个国家中，包括我們自己的国家在內，立法長期不願越过这样一个旧的方法而前进一步，根据这个旧的方法，凡是在过去一个指定的时期以前、一般是前一个朝代的第一年以前遭受損害而提出的訴訟，一概不予受理；直到中世紀最后結束、詹姆士一世（James the First）繼承英格兰王位，我們才获得了一种很不完全的真正的时限条例。現代世界对罗馬法中这最著名的一章、而且无疑是欧洲大多数法律家經常談到的一章竟会这样慢才加以采用，主要是由于受到“寺院法”的影响。“寺院法”是从宗教習慣产生出来的，这些宗教習慣既然关心着神聖或准神聖的利益，就很自然地認为它們所賦与的特权不能因長期不用而丧失；按照这个見解，宗教法律学在后来巩固时，就以明显地反对“时效”著称。“寺院法”被教会法律家用作世俗

立法的范本，对基本原理就發生了特殊影响。"寺院法"給予全欧洲形成的各式各样習惯的明确規定，其数量远不及罗馬法所給予的多，但它在許多基本問題上似乎已經給了职业意見以一种偏向，而这样产生的傾向又随着每个制度的發展而不断地增加力量。它所产生的傾向之一就是对于"时效"的嫌恶；但是，如果不是和实在派經院法学家的学理相同，我以为这种偏見是决不会象它現在那样有力的。这些經院法学家認为：不論实际立法如何变动，凡是一种权利，縱使經过長期的忽視，在实际上是不可毁灭的。这种想法的殘余，到現在依旧存在。凡是热誠討論法律哲学的任何地方，对于"时效"的理論基础問題，总是热烈地进行爭辯的。在法国和德国，如果一个人已經有許多年丧失了占有，究竟应作为其怠忽的处罰而剝夺其所有权呢，还是由于法律希望結束訴訟(finis litium)而通过簡單仲裁使其丧失所有权，仍旧是一个極有兴趣的問題。但是在古代罗馬社会中，人們就沒有受到这种犹豫不决的困扰。罗馬的古代慣例对于在某种情况下丧失占有达一二年的任何人，就直接剝夺其所有权。"时效取得"的这个規定，在它最古代形式下，其确切性質究竟是怎样的，很不容易說明；但是，就我們从書本中所看到和它附着在一起的种种限制，可知"时效取得"实在是一种最有用的保障，用以防止过于繁杂的一种讓与制度所有的各种害处。为了得到"时效取得"的好处，他主占有在开始时必須是善意的，换言之，即占有人必須認为他是合法地取得財产；其次，商品移轉給他时所采用的形式虽然在这特定情况中不一定要等于是一个完全的权利的賦与，但至少是应該为法律所承認的。因此，在一个"曼企帕地荷"的情形中，不問履行是如何的草率，但只要在履行中已經包括了一种"交付"或"送达"，則权利上的缺点就可以因至多两年的"时效取得"而矯正。在罗馬人的实踐中，我認为他們对于"时效取得"的利用，最有力地証明他們的法律天才。他們所感到苦

恼的困难，几乎正是英国法律家过去曾經和現在仍旧感到窘迫的困难。由于他們的制度的复杂性，这是他們一直沒有勇气也沒有力量加以改造的，实际上的权利常常和理論上的权利相脫离，衡平上的所有权則和法律上的所有权相脫离。但是法学專家制訂的这个"时效取得"提供了一个自动的机械，通过了这个自动机械，权利的缺陷就不断得到矯正，而暫时脫离的所有权又可以在可能極短的阻碍之后重新迅速地結合起来。直到查斯丁尼安改革之前，"时效取得"一直沒有失掉其好处。但法律和衡平一經完全混合、罗馬人不再用"曼企帕地荷"作为讓与时，这古代的方法已失去必要，而"时效取得"在相当地延長的时期后，就成为"时效"，它最后几乎为所有現代法律制度所普遍采用。

我将簡單地提一提另外一种方法，它和上面所提到的一种方法具有同一的目的，它虽然沒有立即在英国法律史中出現，但在罗馬法中却是历史非常悠久的。有些日耳曼民法学家对英国法律中类比这个問題所提供的綫索沒有足够地注意，竟認为它甚至早于"曼企帕地荷"，这足証它的明显年代。我要談到的是"拟訴棄权"(Cessio in Jure)，即在一个法院中，对于要求讓与財产的一种串通回复。原告用一种普通形式的訴訟請求訴訟标的；被告缺席；商品就当然地被判給原告。我毋庸提醒英国法律家，这个方法也曾为我們的祖先所想到，并产生了著名的"罰金"和"回复"，大大地解除了封建土地法最严酷的束縛。这种罗馬人的和英国人的方法有很多相同之点，并且最有啓發地相互例証。但在这两者之間还是有区别的，英国法律家的目的是解除存在权利中的各种糾葛，而罗馬法学專家則是在用一种必然地无可非議的移轉方式来代替常常失誤的移轉方式，用它来防止糾葛。实际上，这种办法是"法院"正常地进行工作时自行發現的办法，但无論如何仍旧逃不出原始观念的支配。当法律观点在前进状态中时，法院認为串通的訴訟

是訴訟程序的一种濫用；但始終存在这样一个时期，当法院的形式被謹愼地遵守着时，法院就决不会梦想再有所求了。

法院及其訴訟手續对“財产”的影响是很广泛的，但这个問題已超过了本文的范圍，并将使我們深入到后期的法律史，这也和本文的計划是不相一致的。但有必要提一下，“財产”和“占有”間区分之所以重要，就是由于这种影响——并不是区分的本身，这（用一个著名英国民法学家的話）和对物所有的法律权利和对物所有的实际权力間的区分，是完全相同的——而是它在法律哲学中所获得的非常重要性。凡是受过教育的人决不会沒有从法律著作中听到过罗馬法学專家在“占有”这个問題上長时期来發生的一些極端混乱的意見，而薩維尼天才的得到証明，主要就在于他發現了这个謎語的解答。事实上，罗馬法律家所用的“占有”似乎含有一种不容易說明的意义。这个名詞从其字源上看，原来一定含有实体接触或可以任意恢复的实体接触之意；但在实际应用上如不加任何形容詞，它的含义不仅仅包括实体强留，而是实体强留加上了要把物件保留为自己所有的意向。薩維尼跟隨着尼布尔，認为这个变例只可能有一个历史淵源。他指出，罗馬的“貴族”市民在付出名义租金而成为絕大部分公共領地的佃农时，在古罗馬法的見解中，他們只是占有人，但他們当时是一些意圖保持他們的土地而抗拒一切外来者的占有人。其实，他們所提出的請求，几乎和最近在英国由“敎会”土地的承租人所提出的請求，完全相同。他們承認在理論上他們是国家的任意佃农（tenants-at-will），但又認为时間和安全的享有使他們的持有成熟而成为一种所有权，如果为了要重行分配領地而排斥他們，那是不公正的。这种請求和“貴族”租地的联想永远影响着“占有”的意义。同时，佃农如果被排斥了或受到了扰乱的威胁时，他們所能利用的唯一法律救济，是“占有禁令”（Possessory Interdicts），这是罗馬法中的簡易訴訟程序，

是"裁判官"为了要保护他們而明白制定的，或者，根据另外一种理論，是在較早时代用以临时保持占有以待法律权利問題的最后解决。因此，不难了解，凡是作为自己所有而占有財产的人，就有权要求"禁令"，并且通过一种高度人为的辯訴制度，使"禁令"程序能用以处理一个爭执占有的冲突請求。接着就开始了一种运动，而这种运动正象約翰·奥斯丁先生所指出的，在英国法律中恰恰重复地發生。財产所有人（domini）宁願采用形式比較簡單方法比較迅速的"禁令"，以代替手續程序迟滞而复杂的"物权訴訟"（Real Action），并且为了能利用这种占有救济，財产所有人竟借助于假定是包括在其所有权之中的占有。容許不是眞正的"占有人"而是"所有人"的人們能自由利用占有救济以証实其权利，在起初虽可能是一种恩賜，但最后使英国和罗馬法律学發生了严重退化的效果。罗馬法，在"占有"問題上發生了各种复杂难解之处，使它为人們所不信任，而英国法，在适用于回复不动产的訴訟陷入了最无希望的混乱状态后，終于不得不用一种果断的救济办法来把全部混乱一扫而光。近三十年来英国在实質上已把物权訴訟加以廢除，沒有人怀疑，这是一件公認的好事，但是对于法律学的調和有敏感的人們仍将慨歎地認为，这样我們不但沒有澄清、改进和簡化眞正的所有权訴訟，反而牺牲了这些所有权訴訟而讓位于占有的勒迁之訴（possessory action of ejectment），这样使我們的全部土地回复制度完全建筑在一个法律拟制上。

法院也用区分"法律"和"衡平"的方法来有力地帮助形成和改变有关財产所有权的各种概念，法律和衡平間的区分在最初出現时通常表現为管轄权上的区分。在英国，可以衡平的財产只是受"衡平法院"管轄的財产。在罗馬，"裁判官告令"采用新的原則时在外表上往往是用允許在某种情况下可以提出一种特殊訴訟或一种特殊抗辯的形式；因此，罗馬法上的可衡平財产（property in bo-

nis)是以"告令"为根据的完全由救济方法保护的財产。保全衡平权利、使不因法律所有人的請求而廢止的机构，在两种制度中似乎略有不同。在我們的制度中，它們的独立性靠"衡平法院"的"禁状"而保全。在罗馬制度中，既然"法律"和"衡平"还沒有巩固，并且由同一法院执行，就不需要"禁状"，只須"高級官吏"簡單地拒絕把"市民法所有人"能凭而获得在衡平法上屬于別人的財产的那些訴訟和抗辯給与他們即可。但两个制度在实际的执行上，是几乎相同的。它們都用了不同的手續程序，以一种暫时成立来保存新的財产形式，直到这种新的財产形式为全部法律所承認。用了这种方法，罗馬"裁判官"以一种即时的財产权給与因仅仅送达而取得"要式交易物"的人，不必等待"取得时效"的成熟。同样，他及时承認最初仅作为一个"受托人"或受寄人的抵押权人，以及"永佃人"(Emphyteuta)或偿付一定永久佃租的佃农，有所有权。和这个發展过程相平行，英国衡平法院为"抵押人"、为"信托受益人"(Cestui que Trust)为享有特种授产的已婚妇女，以及为还沒有获得一种完全法律所有权的"买受人"，創設一种特殊的所有权。在这一切事例中，显然是新的所有权形式被承認了并保存了。但是，在英国和罗馬，"財产"間接地受到衡平影响的，真不下千百种之多。衡平的著者利用他們手中掌握的有力工具，向法律学的各个角落里推进，他們必然地要遇到、触及并且多少在实質上改变財产法律。在前面我談到某些古代法律特点和方法曾有力地影响着所有权的历史时，我的意見应被理解为，它們的最大影响是在把改进的暗示和提示注入到衡平制度制造者所呼吸的精神空气中。

但是要描述"衡平法"对"所有权"發生的全部影响，就必須把它的历史一直写到我們現在为止。我所以提到它，主要因为有几位可尊敬的当代著者曾以为：从罗馬人把"衡平"財产从"法律"財产中分离开来这件事情中，我們获得了使中世紀法律对于"所有权"

持有的概念显然有别于罗馬帝国法律所持有概念的綫索。封建时代概念的主要特点，是它承認一个双重所有权，即封建地主所有的高級所有权以及同时存在的佃农的低級財产权或地权。有人認为这种双重所有权非常象罗馬人把財产权概括地区分为公民的或法律的，以及（用一个后来的名詞）有使用权的 (Bonitarian) 或可衡平的。該雅士也把完全所有权分裂为两个部分作为罗馬法律的一个特点，与其他民族所熟悉的完全或自主財产所有权成为明白的对比。誠然，查斯丁尼安把完全所有权重新合而为一，但蛮族在这样許多世紀中所接触到的是西罗馬帝国經过部分改革的制度而不是查斯丁尼安的法律学。当蛮族居留在帝国的边緣上时，很可能他們学到了这种分划，后来便产生了显著的后果。我們虽然同意这种理論，但无論如何必須承認，在各种蛮族習慣中所含有的罗馬法因素到現在为止，还研究得很不完全。所有解釋封建制度的各种錯誤的或不充分的理論，在它們相互之間有一点类似的傾向，就是忽略了包含在封建制度結构中的这种特殊要素。在这个国家中为一般人所追随的前輩研究者，都特別着重封建制度逐漸从長成到成熟这个混乱期間內的各种情况；后来，在已經存在的那些錯誤中又加添了一个新的錯誤的来源，这就是民族驕傲，它使日耳曼的著者过分夸大其祖先早在他們来到罗馬世界之前就已建立起了的社会組織的完整性。有一二位英国研究者虽能从正确的方向来寻求封建制度的基础，但他們的考察仍旧沒有得到任何可以令人满意的結果，这或者是由于他們过于專心地从查斯丁尼安的編纂中寻求类比，或者由于他們把注意力局限于現在被發現附在現存的蛮族法典上的罗馬法綱要上。但是，如果罗馬法律学的确对蛮族社会有任何影响，則絕大部分影响的产生应該在查斯丁尼安立法以前，也就是这些綱要着手編輯之前。我認为，在蛮族慣例这个瘦削的骨骼上被以肌肉的，不是經过改革的和經过提煉的查斯丁尼安法律

学，而是流行在西罗馬帝国的以及东罗馬帝国民法大全所沒有能代替的未經整理的体系。变更的發生，应該假定在日耳曼部落作为征服者而占有罗馬領土的任何部分之前，因此，也就是远在日耳曼君主为供罗馬臣民之用下令起草罗馬法輯要之前。凡是能体会到古代法律和發达的法律之間的差别的每一个人都会感覺到有这类假定的必要。遺存的蛮族法律虽然是粗糙的，但从它們純粹源自蛮族的理論来看，还不是太粗糙的；我們也沒有理由認为我們在文字記录中所看到的已超过了当时在胜利部落的成員自己中間所实行的各种規定。如果我們能有办法使我們相信在蛮族制度中已經存在着已貶低了价值的罗馬法的大量成分，则我們就有可能解除一个严重的困难。征服者的日耳曼法律和其臣民的罗馬法律恐不可能合併起来，如果在这两种法律相互之間不具有比精煉法律学和蛮族習慣中間通常有的更多的亲和力的話。很可能，蛮族的法典在表面上虽然很古，却只是眞正原始的慣例和半省略的罗馬規定的一种混合物，正是这种外国原素使它們和罗馬法律学能合併起来，而当时的罗馬法律学其精致程度也已稍逊于西罗馬帝国諸皇帝治下所获得的了。

虽然这一切都应該承認，但是却有几种理由使封建形式的所有权不象是罗馬的双重所有权所直接提示的。法律上的財产权和衡平的財产权之間的区别，看起来很微妙，極少可能为蛮族所理解；更有进者，除非"法院"已經正常进行工作，这是很难被人懂得的。但反对这理論的最强有力的理由是，在罗馬法中存在一种形式的財产权——这的确是"衡平"的一种产物——可以用来非常簡單地說明从一套思想轉变到另一套思想的过渡。这种財产权就是"永佃权"（Emphyteusis），虽然关于它把封建所有权介紹到世界上来时所作出的确切助力，我們知道得很少，但中世紀的"封地"就常常是建筑在这上面的。"永佃权"虽在当时也許还沒有以它的

这个希腊名称为人所知道，但却的确标誌着最后引导到封建主义的一种思潮中的一个阶段。在罗馬史中，第一次提到大地产，是在我們研究到罗馬的貴族財产时，其規模之大絕非一个"家父"连同其子嗣和奴隶全家所能耕种的。这些大財产所有人似乎完全不知道有自由佃农耕种的制度。他們的大地产 (latifundia) 一般都是由奴隶队在监工之下进行工作，监工本身可能是奴隶或自由人；当时試行的唯一組織，就是把低級奴隶分成为許多小团体，使他們成为較好的和較可信任的那些奴隶的特有产，因而也就使那些較好的和較可信任的奴隶关心他們的工作效率。可是，这类制度对于有一种土地所有人即"市政当局"特别不利。意大利的官吏从事于罗馬行政的往往調动迅速頻繁；因此由一个意大利法人来管理广大土地必定是非常不够好的。因此，市政当局开始把納稅地 (agri vectigules) 出租，换言之，即把土地以一定的租金、在某种条件下、永久租与一个自由佃农。这个办法后来为个人所有者广泛模仿，而佃农和所有人的关系原来是由契約决定的，后来为"裁判官"所承認，認为佃农也具有一种有限的所有权，这在后来就成为"永佃权"。从这时起，租地的历史分为两大支流。在我們对于罗馬帝国記录最不完全的一段長时期內，那时罗馬大家族的奴隶队逐漸轉化成为土著农夫，他們的来源和地位构成了全部历史中最曖昧問題之一。我們不妨这样来猜测，即他們中一部分来自奴隶的上升，一部分来自自由农民的降格；同时他們也証明了罗馬帝国的富人阶級逐漸注意到耕种者对于土地的出产物有一种利益时就可以使土地財产的价值增多。我們知道，他們的服役是屬于土地的；这种服役性質并不完全具有絕对奴隶状态的許多特征；并且他們只要在每年收获量中以一定的部分付給地主就可以免除服役。我們也知道，他們經历了古代世界和現代世界中一切社会的变化而被保存下来，他們虽然包括在封建結构的較低級的地位，但他們

在許多国家中繼續以他們曾付給罗馬土地所有人 (dominus) 的完全同样数量的貢稅交与地主，而从土著农夫之中的一个特殊阶层、即为其所有人保留一半农产物的分益土著农夫 (coloni medietarii)，傳下来了分益佃农 (metayer tenantry)，几乎所有欧洲南部的土地到現在为止仍旧由这些人耕种着。在另一方面，如果我們可以这样来理解"民法大全中"关于它的暗示的話，那末"永佃权"可以成为財产权的一种人人欢迎和有益的变更；并且可以設想，凡有自由农民存在的地方，支配着他們在土地上的利益的，就是这种租地制。前面已經說过，"裁判官"把永佃人認为一个眞正的所有人。在被驅逐时，他可以用"物权訴訟"来爭取恢复，这是所有权的明显的标誌，并且只要他准期清偿租金 (canon) 就可以受到保护，不受租借人的干扰。但在同时，我們不能以为租借人的所有权已經消灭或是停止了。他的所有权仍旧存在，因为他在不付租金时就有权收回租地，在出卖时有先买权，并且对于耕种的方式有一定的控制权。因此，我們可以把"永佃权"作为一个显著的双重所有权的例子，这种双重所有权是封建財产权的特点，同时，这种例子也比法律的和衡平的权利并列要簡單得多，并且容易摹仿得多。可是。罗馬租地史并不到此为止。我們有明显的証据，証明在沿萊因河和多瑙河一带長期保衞着帝国边疆以反抗蛮族的各大堡壘之間，有連綿不断的狹長的田地，称为边界地 (agri limitrophi) 的，向由罗馬軍队中的久戍的兵士根据"永佃权"的条件佔有着。这里也有一种双重所有权。罗馬国家是土地的地主，士兵們只要随时准备着在边境危急时应征入伍服役，即能耕种土地而不受侵扰。事实上，一种非常类似奧地利-土耳其边境軍队屯墾制度的衞戍职守代替了普通"永佃权"人应尽的清偿租金的义务。我們不可能怀疑：这就是建立封建主义的蛮族君主所抄襲的先例。他們目睹这种制度有百余年，并且我們必須記

着，有許多守衞着边境的老兵本身就是蛮族的后裔，他們說的也許是日耳曼語言。他們接近着这样容易模仿的一个模型，这不但使佛兰克和倫巴德的君主們从此获得了把公有領地划出一部分賜与其从者以換取軍役的想法；同时或許也說明了这种趋势，即这种“采地”很快就成为世襲的，因为一个“永佃权”虽然可能是根据原来契約的条件創造出来的，但按諸常理它却是传给受让人的继承人的。誠然，采地的持有人，以及較近时期由采地变成的那种封地的封建主，似乎都負有某种为屯軍所不致有的和“永佃权人”所必然不会有的劳役。例如对于高一級的封建主有尊敬和感恩的义务，有帮助他置备女兒嫁奩和为他兒子准备武装的責任，在未成年时受他监护的义务，以及許多其他类似的租地条件，一定都是从罗馬法中“庇护人”和“自由民”亦即是“前主人”(quondam-master)和“前奴隶”(quondam-slave)的相互关系依照字面直接借用来的。然而，我們知道，最早的采地受益人都是君主的个人随从，这个地位在表面上是很光荣的，但在初时一定夾杂着某种身分低賤的意味，这是无可爭辯的。在宮庭中侍奉君主的人放棄了某种屬于絕对个人自由的东西，即自主財产所有人最足以驕傲的特权。

第九章 契約的早期史

关于我们所处的时代，能一見而立即同意接受的一般命題是这样一个說法，即我們今日的社会和以前历代社会之間所存在的主要不同之点，乃在于契約在社会中所占范圍的大小。这个說法所根据的現象，有些都是常常被提出来受到注意、批評和頌揚的。我們决不会毫不經心地不理会到：在无数的事例中，旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，現代法律則允許他用协議的方法来为其自己創設社会地位；眞的，对于这个規定有几个例外，不断地在热烈憤慨下遭到廢棄。例如，黑奴問題，到現在仍被剧烈爭論着，其眞正爭执之点是：奴隶的身分究竟是不是屬于过去的制度，又如僱主和工人之間能合乎現代道德的唯一关系，究竟是不是完全由契約决定的一种关系。承認过去和現在之間存在这种差别，是最著名的現代思想的实質。可以断言，"政治經济学"是今日有相当进步的唯一倫理研究部門，它将会和生活的事实不相符合，如果"强行法"对它一度占据的領域的絕大部分不肯加以放棄，并且人們不能具有直到最近才允許他們有的决定其自己行为規律的一种自由。受到政治經济学訓練的大多数人都有这样一种偏見，認为他們的科学所根据的一般眞理是有可能变为普遍性的眞理的，并且，当他們把它作为一种艺术而运用时，他們一般都着重于扩大"契約"的領域，縮小"强行法"的領域，只有在必須依靠法律以强制"契約"的履行时，才是例外。一些思想家在这种思潮影响下作出的鼓动，开始在西方世界中很强烈地感覺到。立法几乎已經自己承認它和人类在發現、發明以及大量积累財富各方面的活动无法并駕齐驅；即使在最不进步的社会

中，法律亦逐漸傾向于成为一种仅仅的表層，在它下面，有一种不斷在变更着的契約規定的集合，除非为了要强迫遵从少数基本原理或者为了处罰違背信用必須訴求法律外，法律絕少干預这些契約的規定。

社会研究，因为它們必須依靠对法律現象的考究，是在一种非常落后的状态中，因此，我們發現这些真理不为今天流行着的有关社会进步的日常用語所承認，是不足为奇的。这些日常用语比较符合我們的偏見，而不符合我們的信念。当“契約”所根据的道德成为問題的时候，絕大多数的人都更强有力地不願把道德認为是进步的，我們中有許多人几乎本能地不願承認我們同胞所有的善意和信任，会比古时代更为广泛傳佈，也不願承認我們当代的禮仪中有能和古代世界中的忠誠相比拟的东西。有的时候，这些先人之見的声势为詐欺行为所大大加强，这种詐欺行为是在它們被目覩之前所未曾听到过的，并且以其犯罪行为而使人震駭，更以其复杂而令人惊異。但这些欺詐行为的性質明白地显示出：在它们成为可能之前，它們所破坏的道德义务必定已超过了一定比例的發展。由于多数人篤守信义，就給了少数人不顧信义的方便，因此，当巨大的不誠实的事件發生时，必然的結論是，在一般的交易中都显現出审愼的正直，只在特殊情形中才予犯法者以可乘之机。如果我們堅持要从法律学上的反映来看道德史，并且把我們的眼光向着“犯罪”法而不是向着“契約”法，則我們必須細心謹愼，才不致錯誤。最古罗馬法所处理的唯一形式的不誠实，是“窃盜罪”。在我写本書的时候，英国刑法中最新的一章，是企圖为“受托人”的欺詐行为作出处罰的規定。从这对比中所可能得到的正当推論，并不是原始罗馬人比我們有更高的道德观念。我們应該說，在他們和我們相隔开的时代中間，道德已經从一个很粗淺的概念进步到一种高度精煉的概念——从把財产权視为絕对神聖，發展到把

仅仅由于片面信用而产生的权利視为有权受到刑事法律的保护。

法学家的各种明确理論，在这一点上，并不比普通人的意見更接近眞理。試从罗馬法律家的見解开始，我們發現他們的見解和道德及法律进步的眞正历史并不符合。在有一类的契約中，以締約两造的善意担保为唯一要件，这种契約他們特别称之为“万民法契约”(Contracts juris gentium)。并且，虽然这些契約无疑地是罗馬制度中最迟产生的，但其所用的用語，如果我們可以从中吸取其含义的話，实包含着：这些契约比在罗馬法中处理的某种其他形式的约定还要古远，在罗马法中忽視一个專門手續程序，就要像誤会或欺騙一样损害到責任。然而所謂它們是古远的說法，是模糊的、曖昧的，是只能通过“現在”方能理解的；所謂“国际法契約”被明白地看作人类在“自然状态”下所知道的一种“契約”，也要到罗馬法律家的用語变成了对罗馬法律家的思想方式已不再能理解的一个时代的用語之后才能理解。卢梭兼有了法律上的和通俗的錯誤。在“論艺术和科学对道德的影响”(Dissertation on the Effects of Art and Science upon Morals)——这是他作品中引人注意的第一部，并且是他最无保留地申述他的意見使他成为一个学派首創人的一篇作品——中，他一再指出古波斯人的誠实和善意，認为这些是原始人天眞的特征，已經逐漸为文明所消灭了的；到一个較后的时期，他把他所有理論完全放在一个原始“社会契約”学理的基础上。所謂“社会契約”，是我們正在討論的錯誤所形成的最有系統的一种形式。这个理論虽然为政治热情所撫育而趋于重要，但所有它的营养则完全来自法律学的純理論。首先受它吸引的著名英国人士所以重視它，主要是由于可以在政治上利用它，但是，正象我現在解釋的，如果政治家不是長期地用法律用語来进行爭辯，则他們将决不可能达到它。同时这个理論的英国著者也不是对于这理論的深远影响茫然不見的，因为法国人就

是經过这种推荐而承繼到它的。法国人的著作显示出：他們認为这个理論可以用来說明一切政治現象，同时也可以說明一切社会現象。他們看到在他們时代中已經非常触目的事实，即人类所遵守的現实法规中，比較大的部分都是由"契約"設定的，只有少数是由"强行法"設定的。但是，他們对于法律学中这两个要素的历史关系，或者是一无所知，或者是漠不关心。因此，他們提出一切"法律"源自"契約"的理論，其目的是在滿足他們的尝試，要把所有法律学归因于一个一致淵源的純理論，同时也在規避主張"强行法"来自神授的各种学理。在另一个思想阶段中，他們可能滿足于把他們的理論停留在一个巧妙假設或一个便利的口头公式的情况中。但这个时代，是在法律迷信的統治之下。"自然状态"已不再是似是而非的东西了，因此，在堅持"社会契約"是一种历史事实时，就很容易使"法律"起源于契約的理論获得一种虛伪的眞实性和明确性。

我們自己的一代已經擯棄了这些錯誤的法律理論，部分由于我們已經超过了他們所处的智力状态，部分由于我們已經几乎完全停止再在这类主题上进行推理。喜爱研究的人們在目前所乐于从事的工作，以及答复我們祖先对社会状态起源所持純理論的工作，是对現在存在和在我們眼前活动的社会进行分析；但是，由于缺少历史的帮助，这种分析就时常退化而成为一种徒然是好奇心的活动，并且特别容易使研究者不能理解和他所習見的有很大不同的社会状态。用我們自己时代的道德观念来評价其他时代的人們，其錯誤正如假定現代社会机器中的每一个輪子、每一只螺釘在較原始的社会中都有其相对物的那样錯誤。在用現代風格写成的历史著作中，这类印象繁衍很广，并且都很巧妙地掩盖着它們自己；但是我在法律学的領域中也發現了它們的痕迹，如一般对孟德斯鳩穿插在其"波斯人信札"(Lettres Persanes) 中有关"穴居人"

(Troglodytes)的小寓言所作的頌揚中。据說"穴居人"是一种人，由于他們系統地破坏其"契約"，因而全部遭受灭亡。如果这个故事表示着著者意中的道德观念，并且是用以暴露这一世紀和上一个世紀曾受到其威胁的一种反社会異端，这誠然是无可指摘的；但如果由它而得到的推論是：一个社会在允約和合意上如果沒有給予一种神聖性，而这种神聖性与一个成熟文明所給予的尊敬相类似，这个社会就不可能結合在一起，则它所含有的錯誤将是非常严重的，它将使我們对于法律史不能作出正确的理解。事实是，"穴居人"完全沒有注意到"契約"責任，却曾兴旺起来，建立过强有力的国家。在原始社会組織中，必須首先了解的一点是，个人并不为其自己設定任何权利，也不为其自己設定任何义务。他所应遵守的規則，首先来自他所出生的場所，其次来自他作为其中成員的戶主所給他的强行命令。在这样制度下，就很少有"契約"活动的余地。同一家族的成員之間(我們得这样来解釋証据)是完全不能相互締結契約的，对于其从屬成員中任何一人企圖拘束家族而作出的合意，家族有权置之不理。誠然，家族得与其他家族締結契約，族長得与族長締結契約，但这种交易在性質上和财产的讓与相同，并同样地有許多繁文縟节，只要在履行时忽略其中一个細节就足以使义务归于无效。由于一个人对另外一个人的話加以信賴而产生积極义务，是进步文明最迟緩的胜利品之一。

无論是"古代法"或是任何其他証据，都沒有告訴我們有一种毫无"契約"概念的社会。这种概念在最初出現时，显然是極原始的。在可靠的原始記录中，我們都可以注意到，使我們实踐一个允約的習性还沒有完全發展，种种罪恶昭彰不信不义的行为常被提到，竟毫无非难，有时反加以贊許。例如，在荷馬文学中，优烈錫士的欺詐狡猾，好象是和納斯佗(Nestor)的智慮明达、海克佗(Hector)的堅毅不拔以及亞济里斯(Achilles)的英雄豪俠处于同等

的一种美德。古代法特别使我看到粗糙形式的和成熟时期的"契約"間存在着一个很远的距离。在开始时，法律对于强迫履行一个允約，并不加以干預。使法律执有制裁武器的，不是一个允約，而是附着一种庄严仪式的允約。仪式不但和允約本身有同样的重要性，仪式并且还比允約更为重要；因为成熟的法律学着重于仔細分析提供一个特定的口头同意的心理条件，而在古代法中則着重于附着在仪式上的言語和动作。如果有一个形式被遺漏了或用錯了，則誓約就不能强行，但是，在另一方面，如果所有形式經表明已完全正确进行，則縱使以允約是在威胁或欺騙之下作出为辯解，也屬徒然。从这样一种古代的看法，轉变而成为一个"契約"的熟習观念，其轉化过程在法律学史中是显然可見的。在起初，仪式中有一个或二个步驟省略了；后来其他的也簡化了或者在某种条件下忽略了；最后，少数特殊的契約从其他契約中分离出来，准許不經任何仪式而締結定約，这种选定的契約都是些社会交往活动和力量所依靠的。心头的約定从繁文縟节中迟緩地但是非常显著地分离出来，并且逐漸地成为法学專家兴趣集中的唯一要素。这种心头約定通过外界行为而表示，罗馬人称之为一个"合約"(Pact)或"协議"(Convention)；当"协議"一度視为一个"契約"的核心时，在前进中的法律学不久就产生了一种傾向，使契約逐漸和其形式和仪式的外壳脫离。在这以后，形式只在为了要保証眞实性和为了要保証謹愼和細心时才加保留。一个"契約"的观念是完全地发展了，或者，用罗馬人的用語来說，"契約"是吸收在"合約"中了。

罗馬法律中这个变更过程的历史，是非常有啓發性的。在法律学的最初曙光期，用以表示一个"契約"的名詞是历史"拉丁語法"学者很熟悉的一个名詞。这就是"耐克逊"，契約的两造称为"耐克先"(nexi)，这两个用語必須特別注意，由于它們所依据的隐喩特別持久。在一个契約合意下的人們由一个强有力的約束或連鎖联

結在一起，这个观念一直繼續着，直到最后影响着罗馬的"契約"法律学；并且由这里順流而下，它和各种現代观念混合起来。然則在这耐克逊或約束中，究竟包括些什么？从一个拉丁考古学家傳下来的一个定义，認为耐克逊是每一种用銅片和衡具的交易 (omne quod geritur per æs et libram)，这些文字曾引起了許多疑惑。銅片和衡具是"曼企帕地荷"的著名附屬物，即在前章中描述过的古代仪式，通过这种仪式"罗馬財产"最高形式中的所有权就由一个人移轉到另外一个人。"曼企帕地荷"是一种讓与，因此就發生了一个困难，因为这样的定义似乎把"契約"和"讓与"混淆起来了，而在法律哲学上，它們不仅仅是各別的，而且在实际上是相互对立的。物权 (jus in re)、对世权 (right in rem)，即"对全世界有效的"权利或"財产所有权"，在成熟法律学的分析中是和人权 (jus ad rem)、对人权 (right in personam)，即"对一單独个人或团体有效的"权利或債权，有明显的区别的。"讓与"轉移"財产所有权"，"契約"創設"債权"——然則，这两者怎样会包括在同一的名称或同一的一般概念之下？这和許多相似的困难一样，是由于把显然屬于智力發展进步阶段的一种能力，把在实踐上混合在一起的各种純理論观点加以区别的能力，錯誤地認为屬于一个未成形社会的心理状态而产生的。我們有不可誤解的有关社会事务状态的各种迹象，証明"讓与"和"契約"在实际上是混淆不分的；同时，直到人們在締約和讓与中采用一种各别的实踐前，这两个概念的差異从来沒有为人們所領会到。

这里可以看到，我們对古罗馬法已具有足够的知識，使我們可以提供一些在法律学萌芽时代各种法律概念和法律用語所遵循的轉化方式的大概。它們所經历的变更似乎是从一般到特殊的一种变更；或者，换言之，古代的概念和古代的名詞是处于逐漸專門化的过程中。一个古代的法律概念相当于不仅一个而是几个現代概

念。一个古代的專門术語可以用来表示許多东西，这些东西在現代法律中分別具有各种不同的名称。如果我們研究下一阶段的法律学史，我們就可以看到次要的概念逐漸地被解脫出来，旧的一般的名称正为特别的名称所代替。旧的一般概念并沒有被遺忘，但它已不再包括它起初包括的一种或几种观点。因此同样的，古代的專門术語依旧存在，但它只执行着它以前一度具有的許多职能中的一种。我們可以从許多方面来証明这种現象。例如，各式各样的"父权"在过去曾一度被認为是屬于同一性質的，它也无疑地被归屬于一个名称之下。祖先所行使的权力，不論它是对家族或是对物質財产——对牛、羊、奴隶、子女或妻——行使的就是一样的。我們不能絕对地确定权力的旧的罗馬名称，但我們有强有力的理由相信：曼奴斯（manus）能表示各种不同程度的权力，就可知道古代对于权力的一般名詞是曼奴斯。但是，当罗馬法稍稍进步了后，名称和观念都專門化了。"权力"按照着它所行使的对象而在文字上或在概念上明确地区分了。对物質商品或奴隶行使的权力，成为完全所有权——对兒女，称为家父权——，对那些已被他們的祖先把他們的劳役卖給了別人的自由人，称为曼企帕因——，对妻子，則仍然是曼奴斯。可以看到，旧的文字并沒有完全廢止，只是限制于它以前表示的权限的一种特定的行使上而已。这个例子可以使我們理解"契約"和"讓与"在历史上所發生的关联的性質。一切要式行为在开始时可能只有一种庄严的仪式，在罗馬，它的名称在过去似乎就是耐克逊。过去在讓与財产时所用的同样形式，后来似乎就恰恰被用于締結一个契約。但經过不多时候，我們到达了这样一个时期，当时一个"契約"的观念又被从一个"讓与"的观念中分离了出来。这样，就發生了一个双重的变化。"用銅片和衡具"的交易，当它的目的是在移轉財产时，采用了一个新的、特殊的名称，"曼企帕地荷"。而古代的"耐克逊"則仍旧用以表示原

来的仪式，但这样仪式只被用于使契約庄严化的特殊目的。

当我們說：在古代二种或三种法律概念往往混合为一，我們的意思并不是在暗示：在这些包括在一起的几个观念之中不可能有一种观念会比其他各种观念古老一些，或者，在几个观念形成时，也不可能有一种观念会較其他观念显著地佔优势，并居于它們之上。为什么一个法律概念会繼續長期包括几个概念，一个术語会代替几个术語，其理由无疑地是因为在原始社会中，往往在人們有机会注意或給与适当名称之前，法律在实踐上很早已發生了变化。虽然我們已說过，"父权"在最初时并不是因它所行使的对象的不同而有所区分，然我确切地感到，"对子女的权力"(Power over Children）实即是古代"权力"概念的基础；我也深信在最早应用"耐克逊"时，也即是在原来应用它的人們的心目中，"耐克逊"的作用是在使財产的移轉有适当的庄严仪式。大概"耐克逊"的略微歪曲其原来的职能，最初是为了使它适用于"契約"，而由于它改变的程度十分輕微，所以人們長期沒有覺察或注意到。旧的名称仍旧保留着，因为人們沒有感覺到他們需要一个新的名称。旧的观念盘踞在人們脑中，因为沒有人發現有理由要費心来研究它。这种情况，在"遺囑"史中已有了明白的例証。一个"遺囑"在最初只是簡單的財产移轉。只在这种特殊讓与和一切其他讓与之間逐漸發生了巨大的实踐上的差别，才使这种讓与被分别对待，即使是这样，也还需要經过几个世紀以后，法律改良者才把这名义上的曼企帕地荷，作为无用的累贅而加以清除，并同意在"遺囑"中除了"遺囑人"的明白意思外，其他一切都非必要。不幸的是，我們无法以对"遺囑"的早期史的絕对信心来追溯"契約"的早期史，但我們并非完全沒有暗示，說明契約在最初出現时是把耐克逊放在一种新的应用中，后来通过实际試驗获得了重要效果，被承認为一种各别的交易。下述过程的描写虽然是出于臆測，但并非全无根据。

我們試以一次現款买卖作为“耐克逊”的通常形式。出卖人携带他意欲处分的財产——例如一个奴隶——买受人带来了他用作金錢的粗銅塊——还有一个不可缺少的助手，即司秤，他带来了一个天平秤。通过規定手續，奴隶被移交給买受人——銅塊經司秤秤过，然后移交給出卖人。在这交易繼續进行的过程中，我們称之为耐克逊，买卖的双方是耐克先；但一当交易完成后，耐克逊就告中止，出卖人和买受人即不再具有他們因这暫时关系而产生的名称。在这里，我們試再根据商业史的發展向前跨进一步。假定奴隶是移轉了，但沒有付錢。在这种情况下，就出卖人說，耐克逊是完成了，并且当他已移交其財产后，他已不再是耐克苏斯（nexus）；但就买受人說，耐克逊仍在繼續着。就他的部分而論，交易还未完成，他仍被認为是耐克苏斯。因此，可以看到，这同一名詞在一方面是指財产憑以移轉的“讓与”，在另一方面又是指債务人对于还沒有償付的买价的个人債务。我們还可以更进一步，假設一种程序是完全屬于形式，在这程序中并沒有东西移转，也沒有东西償付；这就表明了一种更高級商业活动的交易，一种将来生效的买卖契約（executory Contract of Sale）。

如果在一般見解和职业見解中，眞的都把一个契約長期地認为是一种不完全的讓与，这个眞理的重要性是有多种理由的。在上一世紀中，有关人类在自然状态中的各种純理論被概括为这样一个学理，即“在原始社会中財产是不当什么的，被重視的只有債务”，这并非是完全不适当的；但現在可以看到，如果把这个命題顚倒过来，可能会更接近于实际。另一方面，从历史上考慮，“讓与”和“契約”在原始时代的联系，說明了某些常被学者和法学家認为特別难以解釋的东西，我的意思是指：極古法律制度中一般都对于債务人非常苛酷，并給与債权人以过分的权力。当我們一度懂得了耐克逊是被人为地延長了以使債务人有一定的时間，我們就

可以更好地理解他在公众和法律之前的地位。他的負債无疑地被認为是一种变例，而中止付款一般被認为是一种詭計和对于严格的規定的一种歪曲。相反的，凡是在交易中正当地完成其任务的人，必为人所尊重；那就很自然的要使他掌握紧急的武器，以便强使程序完成，这个程序严格地講，是决不应該准許展期或迟延的。

因此，"耐克逊"的原意是一种财产讓与，在不知不覺中也用来表示一个"契約"，并且，在最后，这个字和一个"契約"观念經常發生联系，不得不用一个特定名詞即"曼企帕因"或"曼企帕地荷"来表明眞正的"耐克逊"或交易，这样财产是眞正的移轉了。現在，"契約"便从"讓与"中分离出来，它們的历史的第一阶段于是完成了。但它們發展到这样一个时期，即締約者的允約要比附带进行的手續程序有更高神聖性的时期，則还有很大一段距离。为了說明这一时期中所發生的变化的性質，必須略为越出本文范圍之外，研究一下罗馬法学專家关于"合意"的分析。这种分析，是他們智慧最美丽的紀念碑，在这分析中，我只須約略提一下，它把"債"和"协議"或"合約"在理論上加以分开。边沁和奧斯丁先生宣称，"一个契約有两个要素：首先，要約者一造表示意向，要做他約定要做的行为或遵守他約定要遵守的不行为。其次，是受約者表示他預期要約者一造履行其提出的允約"。这在实际上是和罗馬法律家的学理完全相同的，但在他們的見解中，这些"表示"的結果不是一个"契約"而是一个"协議"或"合約"。一个"合約"是个人相互間同意的極端产物，它显然还不够成为一个"契約"。它最后是否会成为一个"契約"，要看法律是否把一个"債"附加上去。一个"契約"是一个"合約"(或"协議")加上一个"債"。在这个"合約"还沒有附带着"債"的时候，它称为空虛(nude 或 naked)合約。

什么是一个"債"？罗馬法律家的定义是："应負担履行义务的

法鎖”(Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei)。这个定义通过它們所根据的共同隐喻而把“債”和“耐克逊”联系起来，并明白告訴我們一个特殊概念的体系。“債”是法律用以把人或集体的人結合在一起的“束縛”或“鎖鏈”，作为某种自願行为的后果。凡引起“債”的效果的行为，主要是那些归类在“契約”和“侵权”、“合意”和”損害”等題目之下的行为；但是有許多其他行为能造成类似后果的，却不能包括在一种确切分类中。应予注意的是，行为并不是由于任何道德上的必要而使它自己負上“債”的；这是由法律根据其充沛的权力而附加上去的，这是非常有必要加以注意的一点，因为“市民法”的現代解釋者有时提出了一个不同的学理，并以他們自己道德的或形而上学的理論来作为支持。法鎖的意象沾染了和滲透了罗馬“契約”和“侵权”法律的每一个部分。法律把各当事人拘束在一起，鎖鏈只有通过称为清偿(solutio)的程序才能解除，清偿也是一个借喻的用語，英語中的“支付”只偶尔地和它的意义相同。这借喻的意象借以表現其自己的一致性，說明了罗馬法律用語上另一个在其他情况下很难解釋的特性，即“債”既表示权利，也表示义务，例如使債务清偿之权以及清偿債务的义务。事实上罗馬人把“法律上的鎖鏈”的全貌放在他們的眼前，对其一端的重視不多也不少于其他一端。

在进步的罗馬法中，“协議”在完成以后，几乎在所有情况下，都立即把“債”加上去，于是就成为一个“契約”；这是契約法必然要趋向的結果。但为了进一步研究，我們必須特別注意其中間阶段——即除了一个完全的合意之外，还需要某种东西来吸引“債”的阶段。这个时期正是把契約分成四类——即“口头契約”、“文書契約”、“要物契約”和“諾成契約”(the Verbal, the Literal, the Real, and the Consensual)——的著名的罗馬分类法开始应用的时期，在这个时期內，这四类“契約”也是法律所要强制执行的仅有

的四类契約。这个分类的意义，在我們理解了把“債”从“协議”中分离出来的理論后，立即可以理会。每一类的契約实际上都是根据某种手續而命名的，这些手續是除了締約两造仅仅的合意以外所必需的。在“口头契約”中，一待“协議”完成以后，必須要經过一种言辞的形式才能使法鎖附着在它上面。在“文書契約”中，登入总帳簿或記事簿能使“协議”具有“債”的效力，在“要物契約”的情况下，送达作为預約主体的“物”时，才产生同样的結果。总之，在每一种情况下，締約的两造必須达到一种諒解；但是，如果他們不再前进，他們在相互之間即不負义务，不能强迫履行或在違背信約时要求救济。但如果他們遵守了某种規定的手續，“契約”就立即完成，并以所采取的特殊方式作为它的名称。至于这种实踐的例外，将在下文中加以詳述。

在前面，我是根据历史順序而列举四类“契約”的，但罗馬教科書的著者并不都是一成不变地按照这个順序的。“口头契約”是四类契約中最古的一类，并且是原始“耐克遜”最早的已知的后裔，这是毫无可疑的。古代采用的“口头契約”有好几种，但其中最重要的、并为我們的权威学者討論到的唯一的一种是用約定的方法来达成的，所謂約定，就是一“問”一“答”；即由要求允約的人提出問題，并由作出允約的人給予回答。这个問題和回答，像我剛才解釋过的，构成了原始观念中除了有关系的人們的單純的合意之外所必需的額外要素。它們成为“債”借以附加上去的媒介。古代的“耐克遜”現在已經傳給較成熟的法律学的，第一件就是鎖鏈的概念，它把締約两造結合起来，而这就成为“債”。其次傳下来的是仪式的观念，它伴随着同时尊崇着定約，这个仪式已变化而成为“約定”。原来“耐克遜”的主要特点是庄严讓与，这种庄严讓与轉变为單純的問題和回答，如果我們沒有罗馬“遺囑”史来啓發我們，将始終是一个秘密。讀了那些历史，我們可以懂得正式的“讓与”怎样先从和

手中交易有直接关系的手續程序中分离开来，后来又完全都省略了。在当时，“約定”的問和答既然无疑地是一种最簡單形式的“耐克逊”，我們可以認为这种問和答实早已带有一种專門形式的性質。如果認为它們所以为早期的罗馬法律家所欢迎，完全是由于它們能使协議合意的人們有机会来考虑和回想，这是錯誤的。无可否認，它們有这样一种的价值，这是逐漸被承認的；但根据我們权威著作的陈述，有証据証明它們有关“契約”的职能在起先是形式的和仪式的，并不是每一个問題和回答都是自古以来就足以构成一个“約定”的，只有用特别适宜于特定情况的專門术語表白的一个問題和回答，才能构成一个“約定”。

为了正确理解契約法史，虽然必須把“約定”理解为：在它被承認为一种有用的担保之前，它只是一种庄严的形式，但是，在另一方面，如果对它的眞正用度視若无睹，也将是錯誤的。“口头契約”虽然已不象古代那样重要，但它一直被保存到罗馬法律学的最后时期；我們可以視作当然的，在罗馬法上沒有一种制度如此長期的保存着，除非它在实踐上确有些用处。我在一个英国著者的文章中看到他对罗馬人甚至在最早时期也滿足于这种对怱忙和缺乏深思熟虑之处，如此疏于防范的情况，表示十分惊奇。但是如果把約定詳細研究一下，并且記着在我們所涉及的社会状态里面，書面証据是很不容易得到的，那末我以为，我們必須承認这种專門用以滿足它所要求达到的目的的这种問題和回答，可以公允地認为是一种高度巧妙的办法。允約人以約定人的資格把契約中所有的条款用一个問題的形式提出，要約人給予回答。“你是否同意在某某地点某某日期送达給我某某一个奴隶？”“我同意。”現在，我們試想一想，我們可以看到，这个“債”把允約用問句的形式提出来，就把两造的自然地位給顚倒过来了，并且由于有效地破坏了会話的行程，使人注意不到滑过一个危險的質权。对于我們，一般說来，一个口

头允約是完全从要約人的話中得来的。在古罗馬法中，另一个步驟是絕对需要的，即允約人在达到合意后必須把所有条件綜合在一个庄严的問句中；并且，在审判时，必須提出的証据，就是这个問句以及对这問句的同意——而不是允約，允約本身是沒有拘束力的。这个看上去无足輕重的特点，在契約法的用語中竟有这样大的关系，这是罗馬法律学的初学者迅速感覚到的，他們最初碰到的絆脚石之一几乎普遍地是由它产生的。当我們在英文中提到一个契約时，为便利起見，偶然把它和契約兩造的一方联系起来时——例如，如果我們想一般地提到一个締約人——，我們的話所指的总是要約人。但罗馬人的一般用語則轉向不同的一面；它总是从允約人的地位来看契約的，如果我們可以这样說的話。在談到一个契約的一造时，主要談到的总是"約定人"，即提出問題的人。至于約定的用处，其最生动的实例可参見拉丁喜剧家的集子。如果有这些段落的全部場面經通讀一过〔例如，普罗塔斯 (Plautus) 的"說謊者" (Pseudolus)幕一景一；幕四景六；"三个銅錢" (Trinummus) 幕五景二〕，就可以看到思考允約的人的注意力是如何有效地为問題所吸引，以及从一个沒有預先考虑好的应承中撤退的机会是如何的充足。

在"文書"或"書面契約"中，一个"債"通过了它而加于"协議"上的正式行为是把可以明白确定的欠款数目登入一本总帳的借方。为了要說明这种"契約"，必須了解罗馬的家庭状态，古代簿記的有条不紊性質和非常的有規律性。古罗馬法中有几个小困难，例如，象"奴隶特有产"的性質，只有在我們回想起：在一个罗馬家庭中，所有成員都严格地对其戶主負責，以及家庭中每笔收支在登入草帳后，在一定期間內必須轉入家庭总帳，只有明了了这些，才能解釋清楚。可是，就我們所看到的"文書契約"的描写中，是有些不易明了之处的，原因是登帳的習慣在后来已不普遍了，而"文

書契約”的用語成了表示和原来所理解的完全不同的一种定約的形式。因此，我們无法說明，关于原始“文書契約”，“債”的設定究竟是由債权人一方簡單的登入簿据，还是必須获得債务人的同意或在其自己的簿据中同样登記，才能發生法律效力。但是有一个主要之点是可以确定的，即在这种“契約”中，只要条件遵守了，所有的手續都可以省却。这是契約法历史中向前推进的另一步。

根据历史順序，其次一种“契約”是“要物契約”，表示在倫理概念上向前跨进一大步。凡是在任何合意中，以送达一种特殊物件为其目的的——絕大部分的簡單合意都屬此类——，一待送达确实發生后，“債”即产生。其結果必定是对最古的有关“契約”观念的一个重大革新；因为在原始时代，毫无疑义，当締約的一造由于疏忽而沒有把他的合意通过約定的手續，则按照合意而做的一切，将不为法律所承認。借錢的人除非經过正式的約定，是不能訴請偿还的。但在“要物契約”中，一方的履行就允許使他方負担法律責任——則显然是基于倫理的根据。第一次把道德上的考虑認为“契約”法中的一个要素，这就是“要物契約”和前两种不同之处，并不是由于專門形式或由于遵从罗馬家庭習慣而有所不同。

我們現在要討論第四类或“諾成契約”，这是各种契約中最有趣和最重要的一种。在这名称下有四种特殊“契約”：委任（Mandatum）即“受託”（Commission）或“代理”（Agency）；“合伙”（Societas）；“买卖”（Emtio Venditio）；以及“租賃”（Locatio Conductio）。在前面几頁說明了一个“契約”是附加着一个“債”的一个“合約”或“协議”后，我曾提起通过一些行为或手續法律允許“債”吸收入“合約”內。我这样說，只是为了作一般的說明，但除非我們把这理解为不但包括正面的，而且也包括反面的，则这个說明不是严格地正确的。因为，实質上，这些“諾成契約”的特点是：从“合約”中产生这些契約，是无需任何手續的。关于“諾成契

約”，很多是难以辨解的，更多是含糊不清的，甚至曾有这样的說法，即在这些契約中，締約两造的同意比在其他任何种类的合意中更为着重。但“諾成”的这个名詞不过表示：在这里，“債”是立即附着于諾成 (Consensus) 的。“諾成”或两造的相互同意是“协議”中最后的和最主要的要素，而屬于“买卖”、“合伙”、“委任”和“租賃”四类之一的合意，它的特点是：一經两造同意提供了这个要素时，一个“契約”立即成立。“諾成”带来了“債”，在特种交易中，执行着在其他契約中由要物 (Res) 或口头約定 (Verba stipulations) 以及由文書 (Literæ) 或書面登入总帳而履行的同样职能。“諾成”因此是一个名詞，并无細微的变例，而正是和“要物”、“口头”及“文書”完全相类似的。

在生活的接触中，最普通和最重要的一种契約无疑是那称为“諾成”的第四种。每一个社会的集体生存，其較大部分是消耗在买卖、租賃、为了商业目的而进行的人与人之間的联合、一个人对另一个人的商业委託等等交易中；这无疑是使罗馬人象大多数社会一样，考虑到把这些交易从專門手續的累贅中解脫出来，并尽可能使社会运动最有效的泉源不至阻塞。这类动机当然不以罗馬人为限，而罗馬人和其邻国人通商貿易，必然使他們有丰富的机会看到在我們面前的各种契約到处都有变成諾成的傾向，即一經表示相互同意立即具有拘束力。于是，依靠他們通常的实踐，他們就把这些契約称为万民法契約。但我們并不以为它們在很早时期就有这个名称。一个“万民法”的最早观念也許在委任一个“外事裁判官”之前早就存在罗馬法律家的心中，但只有通过广泛的和正常的貿易，罗馬法律家才能熟悉其他意大利社会的契約制度，而这类貿易在意大利获得徹底平靖和罗馬的最高权力断然确立之前，是很难达到相当的規模的。虽然，極端可能，“諾成契約”是罗馬制度中最后出生的，并且虽然很可能万民法这个称呼証明它淵源并不太

古，但把这些契約归屬于"国际法"的这个用語，却在現代产生了它們来自非常古远的年代的看法。因为，当"国际法"变为"自然法"时，似乎就含有了这样的意思，即"諾成契約"是最适合于自然状态的一种合意；于是，产生了这独特的信念，即文明愈年輕，它的契約形式一定愈簡單。

"諾成契約"在数量上是極端有限的。但是，毫无疑义它在"契約"法史上开創一个新的阶段，所有現代契約概念都是从这个阶段發軔的。意志的运动构成合意，它現在完全孤立了，成为另外一种考虑的主題；在契约的观点上，形式全部被消除了，外部行为只是看做內部意志行为的象征。"諾成契約"被归类在"万民法"中，并且这种分类在不久以后即得出了这样一个推理，認为它們是代表定約的一种合意，为"自然"所認可并包括在自然法典中的。当到达这一点时，我們就可以看到在罗馬法律家中有几个著名的学理和区分。其中之一是"自然債"和"民事債"(Natural and Civil Obligations)之間的区分。当一个智力完全成熟的人有意使其自己受到一个合意的約束，即使他并沒有履行某种必要的手續以及由于某种技术上的障碍，他缺少了制訂一个有效契约的正式能力，他仍被称为在一个自然債之下。法律(而这就是区分所暗示的)不强制执行債，但它也不絕对拒絕承認它；自然債在許多方面和純粹是无效的債又有不同，尤其是在这样的情况下，即如果締結契約的能力在后来取得时，自然債就可以在民事上得到批准。法学專家另外一种很奇怪的学理，其淵源不可能早于"协議"从"契約"的專門要素中分离出来的时期。根据这些法学專家的意見，虽然只有"契約"能作为一个訴訟的基础，但一个單純的"合約"或"协議"可以作为一个抗辯的根据。由此推論，虽然一个人由于在事前沒有注意遵照正当形式使一个合意成熟为一个"契約"的話，不能就根据这个合意而提起訴訟，但根据一个有效契約而提出的

請求，只要經証明有一个还沒有超过一个簡單协議状态的反合意，就可以辯駁了。例如回复債务之訴可以提供一个仅仅放棄或延期付款的非正式合意作为抗辯。

上面所說的学理，表示出"裁判官"在向其最偉大的革新前进时所发生的迟疑。他們关于"自然法"的理論必定曾經引导他們特別偏爱"諾成契约"以及"諾成契約"仅仅是其中的特殊例子之一的那些"合約"或"协議"；但是他們不敢立即把"諾成契約"的自由推及一切"协議"。他們利用了从罗馬法开始时就託付給他們的对于訴訟程序的那种特殊监督权，并且，虽然他們不准提出不是根据正式契约的一个訴訟，但在导演訴訟程序的秘密舞台中，他們使其新的合意理論有充分活动的余地。但当他們进展到这样的程度后，不可避免地他們一定要向前再进一步。当有一年的"裁判官"在"告令"中宣称：他将对还沒有成熟为"契約"的"合約"賦与可衡平的訴訟，只要爭执中的"合約"是根据一个要因 (Causa) 的話，在这时候，古代"契約"法的革命就完成了。这类的"合約"在进步的罗馬法律学中始終是被强行的。其原则是把"諾成契約"达到其适当后果的原則；事实上，如果罗马人的专门用語具有象他們的法律理論所具有的那样的可塑性，这些由"裁判官"强行的"合約"就可能称为新的"契約"，新的"諾成契約"。但，法律語法是最后变更的法律的一部分，而可衡平地强行的"合約"繼續被簡單地称为"裁判官合約"。必須注意，除非在"合約"中有要因，这"合約"就新的法律学而論，将繼續是空虛的；要使它能具有效力，就必須用一个約定来使它变为一个"口头契約"。

我所以这样詳細的討論它，主要由于我認为这"契約"史有非常的重要性，它可以用来防止无可数計的誤会。在这討論中，詳細說明了从一个偉大的法律学里程碑到另一个里程碑中各种观念的进程。我們由"耐克逊"开始，其中"契約"和"讓与"是混杂在一起

的，其中伴随着合意的手續形式甚至比合意本身还要重要。从“耐克逊”，我們轉到“約定”，这是較古仪式的一个簡單形式。其次發現的是“文書契約”，在这里，一切的手續都被放棄了，如果合意的证据能从一个罗馬家庭的严格遵守的習慣中提出来。在“要物契约”中，第一次承認了一个道德責任，凡是参加或同意一个定约的部分履行的人們，就不許由于形式上的缺陷而否認它。最后，出現了“諾成契約”，其中唯一被重視的是締約人的心理状态，至于外界情况除非作为內在企圖的証据外是不予注意的。罗馬人的思想从一个粗糙的观念到一个精練的观念的这种进步，究竟是否能例証人类思想在“契約”这主題上有了必要的进步，这当然是无法断定的。除了罗馬人之外，所有其他古代社会的“契約”法或者太少了，沒有充足的資料，或者是已經完全失傳了；至于現代法律学則是如此透澈地为罗馬观点所影响，以致我們无法获得对比和类似，并从中吸取教訓。但是，从我所描写的演变中旣缺乏任何剧烈的、惊奇的以及不易理解的东西，我們就可以合理地相信，在某种程度上，古罗馬“契約”史是其他古代社会中这类法律概念的历史的典型。但也只是在某种程度上，罗馬法的进步可以被用来代表其他法律学制度的进步。“自然”法的理論是專屬于罗馬人的。法鎖的观念，就我所知，也是專屬于罗馬人的。成熟的罗馬的“契約和侵权”法中有許多特点，都来自上述的两种观念，或則来自其一，或則两者兼而有之，因此，这許多特点也是屬于一特定社会的專門产物。这些后期法律概念是重要的，不是因为这些概念代表了在一切条件下思想發展的必然結果，而是因为它們对現代世界的智力素質起了十分巨大的影响。

罗馬法尤其是罗馬“契約法”以各种思想方式、推理方法和一种專門用語貢献給各种各样的科学，这确是最令人惊奇的事。在曾經促进現代人的智力慾的各种主題中，除了“物理学”外，沒有一

門科学沒有經过罗馬法律学濾过的。純粹的"形而上学"誠然是来自希腊而不是来自罗馬的，但是"政治学"、"道德哲学"甚至"神学"不但在罗馬法中找到了表意的工具，并且以罗馬法为其最深奥的研究养育成長的一个卵巢。为了要說明这种現象，并沒有絕对必要討論文字和观念之間的神秘关系，或是說明人类的心神如何从来沒有能抓住任何思想主題，除非它在事前就具有适当丰富的用語或能掌握一种适当的邏輯方法的工具。只須說明，当东方和西方世界的哲学兴趣分离时，西方思想的始創者都屬于講拉丁語和用拉丁語著作的一个社会。但是在西方各省中，能够很精确地用来研究哲学的唯一語言是罗馬法的語言，它由于独特的机会，几乎保留了奥古斯多时代所有的純潔性，而地方拉丁則正在退化为怪異的不純正的一种方言。如果罗馬法律学提供了語言上唯一的正确的媒介，更重要的，是它同时提供了思想上唯一的正确、精密深邃的媒介。因为哲学和科学在西方不能立足，至少有三个世紀之久；并且虽然大多数罗馬人的精力都集中在形而上学和形而上学的神学上面，但这些热情的研究中所用的語法完全是希腊的，而它們的活动場所是帝国的东半部。有时，东方爭論者所获得的結論非常重要，以致不論是同意或是不同意这些結論的人都必須把它們記录下来，后来东方爭論的結果就被介紹到西方来，对于这些結果，西方一般都予以默認，不贊許亦不拒絕。在这时候，有一个研究部門，虽是最勤劳的人也感到困难，最精細的人也感到深奥，最精巧的人也感到細致的，但对于西方各省受过教育的阶級却从来沒有失掉过它的吸引力。对阿非利加、西班牙、高卢和北意大利的有教养的公民，正是法律学，并且也只有法律学，代替了詩歌和历史、哲学和科学。西方思想在其最早的对于明显的法律面貌的努力中不但毫无一些神秘之处，并且，如果我們以为它会有其他任何色彩，也将是令人惊奇的。我所認为可怪的是，由于一种新要素的出

現而在西方和东方观念之間、西方和东方神学之間引起的区别，竟然很少人注意。正是由于法律学的影响开始变得非常有力，才使君士坦丁堡的建立和后来的西罗馬帝国从东罗馬帝国分离，成为哲学史中的两个新紀元。但是，由于来自“罗馬法律”的各种观念已和日常的观念非常密切地混杂在一起，大陆思想家无疑地不容易体会到这个重要关头的重要姓。另一方面，英国人对这一点也是視若无睹的，这是由于他們对于他們自己承認的現代知識潮流的最丰富淵源和罗馬文明的一个智慧的成果，極端无知。在同时，一个費尽心力熟悉古典罗馬法的英国人，由于其本国人对这主題向来極少兴趣，对于我胆敢提出的主張，他比起法国人或德国人来也許是一个更好的鑑定家。任何一个知道罗馬法律学是怎样一回事的人，知道确实由罗馬人实踐的罗馬法律学的人，并且要观察最古的西方神学及哲学在那些特点上不同于它們之前的思想状态的人，对于这已經开始透入和支配着純理論的新要素究竟是什么，都可以有資格加以說明。

罗馬法中对其他研究主題有最广泛影响的部分是“債”法，或是接近于“債”法的部分，即“契約和侵权”法。罗馬制度中这一部分丰富的术語，它所能用以履行的职能，罗馬人本身并不是不知道的，这从他們把这个特別形容詞准字用在“准契約”和“准侵权”等名詞中，就可以得到証明。“准”在这样的用法中，完全是一个分类的名詞。英国評論家常認为“准契約”就是默約，但这是錯誤的，因为默約是眞的契約而准契約則不是契約。在默約中，行为和情况是用作为某些要素的象征，这些要素在明約中是用文字来象征的；就合意的理論而論，一个人所用的究竟是这一套象征还是另一套象征，是毫无关系的。但是一个“准契約”完全不是一个契約。这类准契約中最普通的例子，象一个人誤以金錢給付另一个人因而在这两人之間存在的关系。法律为了顧全道德上的利益，使受領人負

有偿还的責任，但根据这交易的性質，表示出这并不是一个契約，因为，在这中間，缺乏作为"契約"最重要要素的"协議。""准"这个字放在罗馬法的一个名詞之前，含有这样一种意思，即用它作为标志的概念和其原来的概念之間，在比較上有着一种强有力的表面类比或相似。它的意思并不是說，这两种概念是同样的，或是屬于同一种类的。相反地，它否定了在它們之間存在着同一性的观念；但是它指出它們有充分的相似之处，可以把其中之一归类为另一个的連續，以及从法律的一个部門中取来的用語可以移用到法律的另外一个部門，并加以应用，而不致对規定的說明有强烈的歪曲，而这些規定在另一种情况下是很难完善地加以說明的。

有人这样乖巧地提出，"默約"是眞正的契約，"准契約"完全不是契約，在这两者之間所存在的混淆不清，和把政治上的权利和义务归因于被統治者和統治者之間的一个"原始契約"(Original Compact)的这个著名錯誤，有很多共同之点。早在这理論获得定形之前，罗馬契約法的用語大部分用来描写人类所常常設想的存在于君主和臣民之間的权利和义务上的相互关系。当世界上充滿了各式各样的格言，極端断然地提出国王的主張应該絕对服从，——这些格言佯称来自"新約全書"，而实际上却是来自凱撒暴政的难忘回忆——如果罗馬"債"法沒有提供一种言語，能隐約表示当时还沒有完全發展的一种观念，則被統治者应該享有相关权利的思想，将完全沒有表达的可能。我認为国王的特权和国王对其臣民的义务两者之間的互不相容，自从西方历史开始以来是从来沒有忘却过的，但在封建制度繼續盛行之际，除了純理論著作家外，这是絕少为人所注意的，因为封建制度通过明白的習慣有效地控制着欧洲多数君主，使不能有过分的理論上的权利。但是当封建制度衰亡、中世紀的組織脫出工作常規、以及宗敎改革使敎皇的权威不复为人所信任时，国王有神权的学理就显著地立即提高

到它以前从来沒有达到过的重要地位。它所获得的声价必須常常求助于罗馬法的用語，而原来带有神学面貌的一种爭論逐漸一天天地取得了一种法律爭辯的色彩。于是出現了一种曾在意見史中不断重复出現的現象。正当君主权主張逐漸發展而成为菲尔美的学理时，从“契約法”中借用来的原来作为保护臣民权利的用語竟成为国王和人民間一个現实的原始契約的学說，这一个学說首先在英国人手中，后来、特別是在法国人手中發展成为社会和法律一切現象的一种广博的解釋。但是政治学和法律学之間仅有的眞正的联系，是在后者把其独特地有可塑性的术語的好处給与了前者。罗馬“契約”法律学对君主和臣民关系上所作出的貢献，正和在一个比較狹小范圍內、它对于为一个“准契約”責任拘束在一起的人們的关系上所作出的貢献完全相同。罗馬“契約”法律学提供了一套文字和成語，充分正确地接近当时对于政治責任問題所具有的各种观念。一个“原始契約”学理所处的地位，从未能高过怀威尔博士 (Dr. Whewell) 所提出的，他的意見是：这个学理虽然是不够健全的，但“它可能是表示道德眞理的一种方便的形式”。

在“原始契約”發明之前把法律用語广泛应用于政治主題上以及“原始契約”这个假定在后来所發生的有力影响，充分說明了在政治学中有着大量的为罗馬法律学所独特創造的文字和概念。它們也大量地存在“道德哲学”中，这可能有不同的解釋，这是由于罗馬法比政治理論受到倫理著作更直接的貢献，而这些倫理著作的著者也更加自覺到他們責任的范圍。在談到道德哲学特別应該归功于罗馬法律家时，我所指的应該是未經康德 (Kant) 中断其历史以前的道德哲学，即研究人类行为規則的一种科学，适当地解釋这些規則的科学，以及这些規則应受的限制的科学。在“批判哲学” (Critical Philosophy) 兴起后，道德学的旧有意义几乎完全丧失，除了由罗馬天主教神学者仍旧研究的詭辯学中用一种降格

的形式保留着之外，道德学似乎已普遍被認为只是本体論研究(ontological inquiry)的一个部門了。除怀威尔博士一人外，我在当时的英国著者中找不到一个人，他把道德哲学理解为在它被形而上学所吸收之前以及在它的規定的基础变成为比其規定本身更为重要的問題之前，为人們所理解的那样。可是，只要倫理科学涉及行为的实际統治时，它就多少受到罗馬法的浸潤。象現代思想中一切巨大主題一样，它是原来合併在神学中的。最初曾經被称为、以及現在仍为罗馬天主教神学者称为"道德神学"的科学，无疑地是在著者明知之下采用了教会制度中的行为原則而构成的，并且是用了法律学中的用語和方法为其表現和扩張的。在这个过程繼續进行的中間，法律学虽然只是准备成为發表思想的工具，但它不可避免地会把它的特色傳給思想本身。由于和法律概念相接触而感染到的特点，在現代世界最早的倫理文献中完全可以看到，我以为这是很明显的，以权利和义务完全的相互关系和不可分解的关系为基础的"契約法"曾被用为矯正著者們某种傾向的东西，因为这些著者如果听其自然，就有可能把一个道德責任完全看做"神国"(Civitas Dei)中一个公民的公共义务。但是当偉大的西班牙道德学家們研究道德神学时，罗馬法在道德神学中的分量已显著減少。用博士評論博士的法学方法發展起来的道德神学有它自己的一套用語，而亚里士多德的推理和表現的特征，由于大部分无疑地是吸收自学院派的"道德論"(Disputations on Morals)的，便代替了凡是精通罗馬法的人决不会誤会的那种特殊的思想方式和言語形式。如果道德神学家的西班牙学派的势力繼續着，则倫理学中的法律要素就有可能成为完全不重要，但是下一代研究这些主題的罗馬天主教著者在应用他們的結論时，几乎把他們的影响完全加以毁灭。道德神学降格成为詭辯学，不再为欧洲純理論的領袖們感到兴趣；完全操在基督新教徒手中的新的道德哲学，大大

超出了过去道德神学家的成就。其结果是使罗馬法对倫理研究的影响为之大大增加。

在"宗教改革"之后不久，我們發現有两大思想学派在这一个主題上划分开来。这两大学派中最有势力的一派最初我們称之为詭辯学派，他們都是些和罗馬天主教会有神交的人，并且他們几乎都是分屬于这一个或另一个宗教教团的。在另一方面，則有另外一批著者，他們是以在学識上共同来自"战爭与和平法規論"的偉大著者罽俄·格罗修斯而相互結合在一起的。几乎所有的后一派人都是"宗教改革"的信徒，虽然不能說他們是正式地、公开地和詭辯学派發生冲突，但他們体系的起源和目的显然是和詭辯学派有着本質上的不同的。这个区别有必要加以重視，因为它涉及到罗馬法和对这两个体系都有关系的那个思想部門的影响問題。格罗修斯的著作虽然在每一頁中都接触到純粹"倫理学"的各个問題，并且虽然它是无數有关形式道德学的書籍的近的或远的根源，但众所周知，它不是"道德哲学"的一本專著：它是决定"自然法"的一个尝試。現在，无須研究这个問題，即一个"自然法"的概念是否罗馬法学專家的一种独有創造，我們可以断言，甚至格罗修斯本人也承認罗馬法律学的格言說，有些巳知的現实法应該認为是"自然法"的一部分，这个格言縱使不是毫无錯誤，仍应該受到極端的尊敬而加以接受的。因此，格罗修斯体系在其基础上就是和罗馬法牽涉在一起的，而这种关系就不可避免地使他——这是著者所受法律訓練的必然結果——在每一章节中自由地应用着罗馬法中專門术語，以及各种推理、定义和例証的方式，而这些辯論的意义，特别是辯論的說服力，有时是被隐藏着的，是不熟悉于它們来源的讀者所不知道的。在另一方面，詭辯学很少借用罗馬法，而其所主張的道德观念和格罗修斯所断言的全不相同。在詭辯学的名称下成为著名的或是不名誉的有关是和非的哲学，它的淵源来自"不可赦之罪"

和"可赦之罪"(Mortal and Venial Sin)間的区分。迫使詭辯哲学的著者發明一套精密的規范体系，以便在尽量把不道德行为从不可赦犯罪的范疇中移出来，并把它們定为可赦之罪，其动机之一是出于一种自然的渴望，想要避免把一种特定行为定为不可赦罪的可怕后果，另一种动机是出于一种同样地可以体会的願望，就是为天主教会解除一种不便的理論，来帮助罗馬天主教会在和基督新教进行的冲突中取得胜利。这种試驗的命运，应屬于普通史的范圍。我們知道，詭辯学派使僧侶輩有权对各色人等的性格加以精神上的約束，这样也就使它对諸侯、政治家和将軍們有着"宗教改革"时代以前所从未听到过的一种影响，并且也真的对基督新教初步成就發生遏制和縮小作用的那个巨大反动作出了重大貢献。但在其开始的企圖中，它不是在建立而是在規避，——不是在發現一条原則而是在逃避一个假定——不是在确定是和非的性質而是在行为的决定在一个特殊性質中哪些是不錯的，——詭辯学就是这样用了它的巧妙的高論繼續發展下去，直到它最后过分地削弱行为的道德特征，过分地誹謗了我們人类的道德本能，以致最后人类的良心突然起来反抗它，并把这体系和其博士們埋葬在一个共同的廢墟中。在長期不断的打击中，最后的一击来自巴斯噶(Pascal)的"書翰集"(Provincial Letters)，在这些可紀念的"文件"出現后，就沒有一个即使影响最小、声望最微的道德学家敢于公开踏着詭辯学家的足迹前进。这样一来，全部倫理学的領域便完全留归追随格罗修斯的著者們控制了；它在很大程度上仍表現出和罗馬法糾纏在一起的迹象，这有时被認为是对格罗修斯理論的一种过失，但有时則被認为是对它的最高貢献。自从格罗修斯时代以来，許多研究者已变更了他的原則，并且在"批判哲学"兴起以后，当然有許多人已完全拋棄了他的原則；但即使是那些远离其基本假設的人們，也繼承了很多他的陈述方法、他的思想路綫以及他的例証方式；而对于

不懂罗馬法律学的人，这些是絕少意义并且也是絕无妙处的。①

我已經說过，在自然科学之外，沒有一門知識会象形而上学那样受罗馬法的影响如此之少的。因为，有关形而上学主題的討論始終是用希臘文进行的，最初是用純粹希臘文，后来是用特意用来表現希臘概念的拉丁方言。現代語言只有在采用拉丁方言或在模仿了原来在其結构上所用的程序之后，才能适合于形而上学的研究。現代形而上学論文中所常用的用語，其来源是亞里士多德的拉丁譯文，其中，不論是否来自阿拉伯譯文，翻譯者的計划并不是要从任何部分的拉丁文献中找寻类似的言語，而是要从拉丁字根上重新創造一套相当于希臘哲学观念辞句的成語。在这样一个过程中，罗馬法的用語可能仅仅發生絕少的影响；至多，也只有少数变形的拉丁法律名詞进入形而上学的言語中。同时，必須注意，当有些形而上学的問題成为西欧最激烈的問題时，在其思想中，如果不是在言語中，一定洩露出来一种法律的本源。在純理論史中，很少事物有比下列事实給人以更深的印象，即凡是用希臘語言的人民从来沒有严重地感覺到为“自由意志”和“必然性”的大問題所困扰过。我不想对这一点作出任何概括的解釋，但这样說明似乎并不是离題太远的，即不論是希臘人或是用希臘語講話和思想的任何一个社会，都沒有显示出来有产生一种法律哲学的最小的能力。法律科学是罗馬人的一种創造，“自由意志”的問題是当我們在一个法律观点下研究一个形而上学的概念时發生的。为什么会發生这样的問題：不变的順序是否和必要的联系相一致？我只能說，罗馬法的随着它的發展而日益增强的趋势，是認为法律后果是通过一种坚决的必然性而和法律原因相結合着的，这一种趋势在我反复引用过的如下的“債”的定义中得到最明显的証明：“应

① 自197頁起至此处至，所引用的这一段是作者在1856年投寄“劍桥論叢”的一篇論文，轉錄时曾略加修改。

負担履行的义务的法鎖”。

但是“自由意志”問題在它成为哲学问题之前，是一个神学上的問題，如果它的名詞曾受到法律学的影响，这是由于法律学早已滲入了神学的緣故。这里所要提出并加以研究的大問題过去从来沒有被滿意地闡述过。我們必須决定的是：法律学究竟有沒有被用来作为通过它而观察神学上各項原則的媒介；它究竟有沒有提供一种特殊的言語，一种特殊的推理方式，以及解决許多生活問題的特殊方法从而开辟新的通道，使神学上的純理論通过它順流而下并得到扩展。为了要得到一个答案，有必要回忆一下关于神学最初吸收的理智粮食最著名的著者們已經一致同意的究竟是什么。各方面都一致同意，基督教会最古的語言是希臘語，而它最初所从事的各种問題是那些希臘哲学在其后期形式中为它們开辟了道路的問題。人类从中获得从事于深奥爭論，如有关“神人”、“神質”和“神性”（the Divine Persons, the Divine Substance, and the Divine Natures）等等問題的手段的唯一的文字和观念的宝庫，是希臘形而上学文献。拉丁語以及貧乏的拉丁哲学是不足以胜任的，因此，帝国中西方或操拉丁語的各省对于东方的結論，就毫无爭議或不加审查而采用了。弥尔曼教長（Dean Milman）說：“拉丁基督教接受了拉丁的狹隘膚淺的語彙所无法用适当名詞加以表示的信条。但是，自始至終，罗馬和西方之間的紧密粘固，是对于东方神学者較深奥的神学所精制出来的教条制度的一种被动的默从，并不是它自己对那些神秘事物加以有力的和有創造性的研究的結果。拉丁教会是阿塔納細阿（Athanasius）的弟子，同时也是他的忠实信徒”。但是，当东方和西方的分离一天天地扩大，操拉丁語的西罗馬帝国开始生活在其自己的精神生活中时，它对东方的謙逊突然为东方理論所完全不熟悉的許多問題的議論所代替。“当希腊神学〔弥尔曼：‘拉丁基督教’（Latin Christianity）

序，第5頁〕用更精致的技巧来为'神格'(Godhead)和基督的性質下定义时"——"当无休止的爭辯仍旧不断地延續，并从这陷于衰弱的社会中一个宗派跟着一个宗派傳佈出来时"——西方教会以非常的热誠投身于一类新的辯論中，这种辯論，从那时候起一直到現在，是包括在拉丁教会中的任何时候的任何人类所从来沒有失去过兴趣的。"罪过"(Sin)的性质和它的可以由繼承而轉讓——人所欠的債务以及其代替的償还——"贖罪"(Atonement)的必要和能力——最重要的是"自由意志"和"神意"(Divine Providence)之間的显然互不相容——，这些是西方开始进行辯論的問題，并且辯論时象东方在討論其比較特殊的信条的条款时同样的热烈。然則，在这个把希腊語各省从拉丁語各省分离开来的分界綫的两边，为什么竟会存在这样显著不同的两类神学上問題？教会历史家說过，新的問題比曾把东方基督教扯得粉碎的那些問題更多"实际"，更少絕对理論，他們的这种解釋，虽已接近答案，但就我所注意到的，他們中实在沒有一个人完全达到了全部答案。我敢毫不躊躇地断言，这两个神学体系間的不同，主要是由于这样一个事实，就是神学理論由东方傳到西方时，它是由希腊的形而上学的气氛移轉到罗馬法的气氛中。在这些爭辯成为有压倒重要性以前的几个世紀中，西方罗馬人的一切智力活动都完全花費在法律学上。他們都忙于把一套特殊的原則适用于生活情况可被安排的一切結合中。沒有任何外来的工作或風尚曾把他們的注意力从这全神貫注的事情上轉移开来，并且为了繼續这样做，他們有一个丰富而精确的詞彙，一个严格的推理方法，一批多少已为經驗所証实的有关行动的通則，和一个严正的道德哲学。因此他們也就不可能不从基督教記录的各項問題中选擇那些接近于他們習慣的純理論制度的問題，他們处理这些問題的态度也就不可能不来自他們的法庭的習慣。几乎每一个对罗馬法有足够知識的人，能够理解罗馬刑法制度，罗

馬人由“契約或侵权”創設的債的理論，罗馬人对于“債务”以及对于“債务”产生、消灭和移轉的方式的見解，罗馬人对于通过“概括繼承”而个人繼續生存的观念的人，都可以說明：西方神学問題經証明对它非常意气相投的心境是来自什么地方的，用以說明这些問題的用語是来自什么地方的，以及应用于其解决中的推理方法又是来自什么地方的。必須回忆一下，这逐漸滲入西方思想中的罗馬法既不是古城市的古制度，也不是“拜占廷皇帝”的經过删改的法律学；当然，更不是几乎埋沒于以“現代民法”名义通行于世的現代純理論学理的象寄生物那样的过度發展中的大量規則。我所談的，只是指由安托宁时代偉大法律思想家所研究出来的、部分地由查斯丁尼安的“法学彙纂”加以轉載的法律哲学，这个体系很少缺点，除了它所要达到的高度的优雅、明确和精审，已超过了人类事务所許可以及人类法律所能限制的范圍。

許多英国著名的和有信誉的著者，由于对罗馬法的无知（这是英国人不得不立即承認，但有时不以为耻，反以自夸的），对罗馬帝国时期內人类智力状态提出了最不足取的奇論。他們常常这样主張，并且是毫不躊躇地、好象在提出这命題时毫不鹵莽似的，認为从奧古斯多时代終了的时候起一直到一般对于基督信仰开始發生兴味时，文明世界的心力遭受到瘫痪症的猛烈侵染。这时有两个思想主題，——也許是除了自然科学之外仅有的两个——可以供人們所具有的一切能力作專心致志的研究。其中之一是形而上学的研究，这只要人願意繼續鉆研是沒有限制的；另一个是法律，这是和人类的事务同样地广大的。恰巧在上述的时期中，操希腊語的各省專心从事于其一，而操拉丁語的各省又專心于另一种問題。我不想談亞历山大城和东方在純理論研究方面的成果，但我大胆地断言，在罗馬和西方的手中有一件工作，足以补偿在其他智力上的欠缺，并且我要附带說明一句，他們所获得的結果，就我們

所知而論，对于他們所花費的堅毅的專門的劳力，并不是不值得的。除了一个职业法律家外，也許沒有人能完全了解"法律"能吸收个人的多少精力，但是一个普通人也不难理解为什么罗馬集体智力的一个不平常部分会被法律学所独占。"一个特定社会的精通法律学，它所依靠的条件，和它在任何其他种类研究中所依靠的条件終久是完全相同的；而条件中最主要的是全国智力花費的比例，以及时間的長短。当促使一种科学前进和完善的一切直接的和間接的原因結合在一起时，这种結合在从'十二銅表法'到两个帝国分裂时候为止的这个長时期內繼續对罗馬的法律学發生作用，——并不是不規則的和間断的，而是力量繼續不断地增長，数量繼續不断地增加的。我們可以看到，一个年輕国家最早的智力活动是研究它的法律。一当人們的智力第一次有意識地努力要作出概括时，首先包括在一般通則和包含丰富的公式中的是日常生活中的事务。年輕共和国集中一切精力專心从事法学研究的声势，在开始时是毫无限制的；但不久就終止了。智力不再为法律所壟断。早晨集合在偉大罗馬法学專家那里的听众減少了。英国'法学院'的学生数从几千人減少到了几百人。艺术、文学、科学和政治在全国的知識界取得了它們的分額；而法律学的实踐則限制于一个职业界的范圍之內，虽然并不是有限的或是无关重要的，但它所以能有吸引力，一方面是由于这一門科学的固有的引人之处，另一方面亦是由于因此而可能获得的酬报。这一系列的变化在罗馬甚至比在英国表現得更为显著。到共和国时代的末期，法律是除了有将軍的特殊天才的人以外一切有才干的人的唯一天地。但是到了奥古斯多时代，一个新的智力發展的阶段开始了，正象我們的伊利薩伯时代开始一样。我們都知道它在詩歌和散文上的成就；但必須說明，有些迹象表明在其裝飾文学的光輝灿烂以外，它已到了在自然科学中作出新征服的前夕。但是到这个时候，罗馬国家中智力

的历史已不再和智力进步到这时为止所追求的道路平行前进。罗馬文学严格講起来只能說是曇花一現，它在各式各样的影响下突然終止，这些影响虽然有一部分是可以探索的，但在这里加以分析是不适当的。古代的知識界有力地被推回到其老路上去，而法律又成为專屬于天才的正常范圍，正和罗馬人把哲学和詩歌蔑視为一种幼稚民族的玩具的时代一样。在帝政时代，使一个有天才的人从事于法学專家的事业的外因，其性質究竟是怎样的，要理解这一点，最好的方法是考虑他在选擇职业时所面对的抉擇。他可能成为一个修辞学教师，一个边境哨地的司令官，或是一个頌詞的职业著者。此外，能容納他的仅有的現实生活中的其他职业是法律职业。通过了这，可以到达財富、名誉、官职、君主的会議室——甚至可以达到王位的本身。"①

学習法律学的报酬是巨大的，所以在帝国境內到处都有法律学校，甚至在形而上学的領域內也是如此。虽然帝国首都迁到拜占廷显而易見地推动了它在东方的研究工作，但法律学从沒有能推翻和它相竞爭的各种学問。它所用的語言是拉丁，这是帝国东半部的一种外来方言。只是对西方我們可以說，法律不但是有野心的和有抱負的人的精神食粮，并且是一切智力活动的唯一滋养。对于罗馬的知識界，希腊哲学仅不过是一个短促的風尙，并且当新的东方首都建立，帝国分裂为二，西方各省就比以前更明白地和希腊純理論相分离，更明白地專心于法律学。当他們这样不再听命于希腊人，并开始自行建立其神学时，这个神学經証明滲透了法律的观念并在其措辞中用了法律的用語。当然，在西方神学中，这个法律的基体是十分深厚的。一套新的希腊理論，即亞里士多德哲学，后来流入西方，并且几乎完全掩沒了土著的学理。但到"宗教

① "劍桥論叢"，1856年。

改革”、它部分地摆脱了它們的影响时，它立即用“法律”来补足它們的地位。在喀尔文(Calvin)和阿明尼阿斯 (Arminius) 两种宗教体系中究竟哪一个有更显著的法律性質，这是很难說的。

罗馬人的特殊的“契約”法律学对現代“法律”中相当部門所發生的巨大影响，似不屬于本文范圍，应屬于成熟的法律学史。这种影响要直到波罗諾学派創立了現代欧洲法律学后才感覺到。但罗馬人在帝国衰亡前曾把“契約”概念發展得非常完全的事实，在比上述时期更早的一个时期就具有重要性。我曾不止一次地說过，“封建制度”是古代蛮族習慣和罗馬法的一种混合物；其他任何解釋都是不足信的，甚至是不可領会的。封建时代最早的社会形式和原始人类到处結合在其中的一般社团很少区别。一个“封地”是一些財产权利和人身权利不可分解地混合在一起的一种有机的、完全的結合。它和一个印度“村落共产体”以及一个苏格兰高原部族社团有許多共同之处。但封建社会仍具有某种現象，是我們从文明初創者自發形成的社团中找不到的。眞正的古代共产体不是由明白的規定而是依靠情緒，或者，我們应該說，依靠本能，結合在一起的；凡是新来者都虛假地裝做有血統关系而就在这个本能的范圍之內被納入社团的。但是最早的封建社会旣不是仅仅由情緒結合起来的，也不是靠一种拟制来补充其成員的。把他們結合在一起的紐帶是“契約”，他們用和新伙伴締結一个契約的方法来获得新伙伴。封建主和屬臣的关系原来是用明白的定約来确定的，一个願意把自己用推荐或分封土地的方法接納在同族之內的人，对于他被接納的各項条件是明白了解的。因此，把封建制度和原始民族純粹慣例加以区分的主要东西是“契約”在它們中間所占的范圍。封建主具有一个宗法家長的許多特点，但他的特权为多种多样确立的習慣所限制，这种習慣来自分封土地时經过同意的明确的条件。使我們不能把封建社会和眞正的古代社会归屬一类，其主要

的不同之点就是由此而来的。封建社会比較持久，比較多种多样；它們所以持久，是因为明确的規定比本能的習慣不容易毁灭，其所以多种多样，是因为它們所根据的契約是依照交出或授与土地的人的具体情况和具体要求而調节的。这最后的理由可以用来說明那在我們中間流行的关于現代社会淵源的通俗意見是如何大大地需要修正。人們常說，現代文明的外貌所以如此地不規則和多样化，主要是由于日耳曼民族的丰富而易变的天才，这和罗馬帝国那种迟鈍的常規是完全不同的。眞相是，罗馬帝国把法律概念遺傳給了現代社会，而这种不規則正是来自那些法律概念；如果說蛮族的習慣和制度有一个特点比另一个特点更为显著，那末这个特点就是它們的極端一致。

第十章 侵权和犯罪的早期史

“条顿法典”(Teutonic Codes)包括我們盎格魯-撒克逊的法典在內，是流傳到我們手里的唯一的古代世俗法律，关于它原来的規模我們可以形成一个明确的概念。虽然罗馬和希腊法典的現存片断足以証明它們的一般性質，但殘存的数量不多，还不够使我們十分确切地知道它們到底有多大的篇幅以及各个部分相互的比重。但大体而論，所有已知的古代法的蒐集都有一个共同的特点使它們和成熟的法律学制度显然不同。最显著的差别在于刑法和民法所佔的比重。在日耳曼法典中，民事部分的法律比刑事部分范圍要狹小得多。德累科法典科处血刑的傳統，似乎表明它也有同样的特点。只有在“十二銅表法”(这是一个具有偉大法律天才和一个溫良風俗的社会的产物)中，它的民事法律才有些象其現代的先例；但是損害救济方式所佔的地位，虽然不是異常巨大，但却是相当大的。我以为可以这样說，法典愈古老，它的刑事立法就愈詳細、愈完备。这种現象常常可以看到，并且这样解釋无疑地在很大程度上是正确的：由于法律初次用文字写成时，社会中經常發生强暴行为。据說，立法者按照野蛮生活中某一类事件發生次数的多少以分配其工作的比重。但我認为这个說法并不十分完全。应該回想一下，在古代的蒐集中民事法律比較缺少是和本文中所討論的古代法律学的其他特征相一致的。文明社会所施行的法律的民事部分，有十分之九是由“人法”、“財产和繼承法”以及“契約法”組成的。但是很显然，当我們越接近社会的萌芽时代，这一切法律学領域就愈縮小到更狹小的范圍之內。既然一切身分形式都共同从屬于“父权”之下，既然“妻”对其“夫”沒有任何权利，子对其父也沒

有任何权利，以及嬰兒“受监护人”对作为其“监护人”的“宗亲”，也沒有任何权利，这个等于是“身分法”的“人法”即被限制在最狹小的限度內。同样地，有关“財产”和“繼承”的規定决不会很多的，旣然土地和財物是在家族內授受，并且，如果眞要分配的話，也是在家族的范圍內进行的。但是，古代民法中最大的缺口始終是由于缺少“契約”而造成的，在有些古代法典中完全不提到“契約”，而在另一些古代法典中則用一种精細的“宣誓”法律来代替“契約”，这足以証明“契約”所依据的道德观念还沒有成熟。至于刑法，則并沒有同样的使它貧乏的理由，因此，縱使我們不应冒昧地宣称在国家的幼年时代总是一个无法抑制的强暴时期，我們仍旧应該懂得为什么刑法和民法的現代关系竟在古代法典中顚倒过来。

我曾認为：原始法律学曾以近代所不知道的优先給与犯罪法。这种說法完全是为了方便起見，但事实上，对古代法典的仔細考察使我們知道，它們以非常的数量揭示的法律并非眞正的犯罪法。所有文明制度都一致同意在对国家、对社会所犯的罪行和对个人所犯的罪行之間，应該有所区别，这样区别的两类損害，我称之为犯罪 (climina) 和不法行为 (delicta)，虽然我并不認为这两个名詞在法律学上是始終这样一致应用的。古代社会的刑法不是“犯罪”法；这是“不法行为”法，或用英国的术語，就是“侵权行为”法。被害人用一个普通民事訴訟对不法行为人提起訴訟，如果他胜訴，就可以取得金錢形式的損害补偿。我們試参考該雅士在“評釋”中根据“十二銅表法”对刑事法律学所作的討論，可以看到，在罗馬法所承認的民事不法行为的开头有窃盜罪 (Furtum)。我們在習慣上認为專屬于犯罪的罪行被完全認为是不法行为，并且不仅是窃盜，甚至凌辱和强盜，也被法学專家把它們和扰害、文字誹謗及口头誹謗联系在一起。所有这一切都产生了“債”或是法鎖，并都可以用金錢支付以为补偿。但这个特点，最有力地表現在日耳曼部落

的統一法律(the consolidated Laws of Germanic tribes)中。它們对杀人罪也不例外有一个龐大的用金錢賠償的制度，至于輕微損害，除少数例外，亦有一个同样龐大的金錢賠償制度。璺布尔先生(Mr. Kembles)〔在"盎格魯-撒克逊"(Anglo-Saxons)卷一，第177頁中〕写道："根据盎格魯-撒克逊法律，对于每一个自由人的生命，都可以按照他的身分而以一定金錢为賠償，对于其身受的每一个創伤，对于他的民权、荣誉或安宁所造成的几乎每一种損害，都可以用相当的金錢为賠偿；金額按照偶然情势而增加"。这些和解費明显地被認为是收入的一种有价值的来源；一套高度复杂的規則規定着申請它們的权利和負担它們的責任；并且象我在前面已經說过的那样，如果它們在所屬的人死亡时还沒有清偿，它們常根据一些特殊的規定而遺傳下去。因此，如果一种侵权行为或不法行为的标准是：被認为受到損害的是被損害的个人而不是"国家"，則可断言，在法律学幼年时代，公民賴以保护使不受强暴或詐欺的，不是"犯罪法"而是"侵权行为法"。

于是，在原始法律学中"侵权行为"被大量地扩大了。必須說明，原始法律学也涉及"罪过"。对于条頓法典，我們几乎是毋庸作这样的說明的，因为我們所接受到的这些法典的形式，是經基督敎立法者編纂或改写过的。但是，在非基督敎的古代法律中，对于某类行为和不行为也往往因为違背了神的指示和命令而加以刑罰。雅典"阿勒烏柏果斯元老院"(Senate of Areopagus)所适用的法律也許是一个特殊的宗敎法典，而在罗馬，显然从很早的时期起，敎長法律学就对通姦罪、瀆神罪以及謀杀罪加以刑罰。因此，在雅典和在罗馬各省中，法律处罰罪过。他們也有处罰侵权行为的法律。触犯"上帝"的罪行的概念产生了第一类的律令；触犯邻居的概念产生了第二类的律令；但触犯国家或集成社会的观念，并沒有一开始就产生一个眞正的犯罪法律学。

但是我們不能就因而假定，对国家做出不法行为这样一种簡單而基本的概念，是在任何原始社会中都缺乏的。很可能在最初阻止犯罪法律發展的眞正原因，正是由于这个概念被理解得很淸楚明白。无論如何，当罗馬社会認为它本身受到了損害时，它即絕对按照字面地类推适用当一个个人受到不法行为时所發生的后果，国家对不法行为的个人就用一个單一行为来报复。其結果是，在共和国的幼年时代，对于严重妨害国家安全或国家利益的每一种罪行，都由立法机关制定一个單独法令来加以处罰。这就是对于一个犯罪 (crimen) 的最古概念——犯罪是一种涉及重要結果的行为，对于这种行为，国家不交給民事法院或宗教法院审判，而專对犯罪者制定一个特別法律 (privilegium) 加以处理。因此，每一个起訴都用一种痛苦和刑罰状 (a bill of pains and penalties) 的形式，而审判一个犯人 (criminal) 所用的一种訴訟程序是完全非常的、完全非正規的、完全离既定的規則和固定条件而独立的。一方面由于执行正义的法院就是主权国家本身，另一方面由于不可能把規定的或禁止的行为加以分类，因此，在这个时代中，就沒有任何的犯罪法律、任何的犯罪法律学。所用的程序和通过一条普通法令的形式完全相同；它是由同样的人物提議，并且用完全同样的仪式来进行的。可以注意的是，当一种犯罪法律連同执行它的一套"法院"和官員們在后来出現时，旧的程序可能是由于它符合于理論，仍旧严格地适用着；由于这一种方法不复为人所信任，罗馬人民常对触犯国家尊严的人保留着用一种特別法律加以处罰的权力。凡是古典派的学者都能知道，雅典的痛苦和刑罰状 (εισαγγελια) 正是完全同样地，在正式法院成立后还繼續存在。我們也知道，当条頓民族的自由人集会立法时，他們也主張有权刑罰特別兇殘的罪行，或刑罰佔有崇高地位的犯人所犯的罪行。具有这种性質的，是"盎格魯-撒克逊国会" (Anglo-Saxon Witenagemot)

的刑事管轄权。

也許有人以为，我所說的古代和現代关于刑法观念上所存在的不同，只是在口头上存在。可以这样說，社会除了用立法的方法来处罰犯罪外，从最早的时代起，它就用它的法院来进行干預，强迫不法行为人补偿其不法行为。如果它是这样做了，那就始終可以假定社会在某些方面由于他造成的罪行而受到了損害。但是，不論这个推論在今天的我們看来是如何严格，它是否眞正由原始古代的人們所作出，依旧是一个疑問。国家在最早时代通过其法院而进行干涉，很少是由于国家受到了損害这个观念，这从下述的情况中可以看出，即在原来的司法行政中，它所采用的程序，主要是摹倣私人生活中可能要做的一系列的行为，即人們在生活中發生了爭执，但在后来不得不把他們的爭执提交和解。高級官吏謹愼地倣效着临时被召喚来的一个私人公断者的态度。

为了要表明这个說法不仅仅是一种幻想，我将提出它所依据的証据。我們所知道的最古的司法程序是罗馬人的"誓金法律訴訟"(Legis Actio Sacramenti)，所有后期的罗馬"訴訟法"(Law of Actions)都是从它發展来的。該雅士曾詳尽地描述它的仪式。初看起来，这好象是毫无意义甚至荒謬的，但稍加注意，就可使我們了解它的意义。

涉訟的标的一般認为是应該存繳到法院中的。如果是动产，就用原物。如果是不动产，就以碎片或样品为代替；例如土地用一塊泥，房屋用一塊磚作代表。在該雅士所选的例子中，訴訟是为了一个奴隶。当訴訟开始时，原告手持一竿前进，这一根竿子据該雅士的說明是象征着一支槍。他抓住了奴隶，并用下述語句主張他的权利，"我根据公民法的規定主張这个人是我所有的"(Hunc ego hominem ex Jure Quiritium meum esse dico secundum suam causam sicut dixi)；接着他用竿触他，說，"現在把槍放在他身上"

(Ecce tibi Vindictam imposui)。被告进行着同样的一系列的行为和动作。这时裁判官进而干涉，他吩咐訴訟两造放手，“放开槍”(Mittite ambo hominem)。他們服从了，原告就要求被告提出其干涉的理由，“我請求这物件，你有什么理由主張权利”(Postulo anne dicas guâ ex causâ vindicaveris)，对这个問題所給与的回答是一个新的权利的主張，“我已主張这物件是我所有，所以把槍放在他身上”(Jus peregi sicut vindictam imposui)。到这时，第一个請求人提出一笔称为“誓金”的金錢，作为他提出案件正当的賭注，并說，“你的权利主張沒有根据，我願以誓金决胜負”(Quando tu injuriâ provocasti, Dæris Sacramento te provoco)，被告于是說“我也給”(Similiter ego te)，接受賭注。这以后的程序已不再是一种正式需要的了，但須注意，裁判官从誓金中提取保証金，这些保証金常被解入国庫。

这是每一个古罗馬訴訟的必要的开端。有人認为这就是一个戏剧化的“公道的起源”，我以为，这个意見是很难不予同意的。两个带武器的人为了某种引起糾紛的財产而爭吵着。裁判官，一个因恭敬謹愼和功績而受尊敬的人(vir pietate gravis)，恰巧經过，居間要求停止爭执。爭吵的人就把情況告訴他，同意由他公断，他們一致同意失敗的一方除了放棄爭执的标的物外，并应以一定数量的金錢給付公断人，作为麻煩和时間上損失的酬报。如果不是由于一个意外的巧合，該雅士所描写的一个“法律訴訟”中必要的訴訟程序，实質上是和荷馬所描写的給“火及金屬工作之神”(God Hephæstus)鑄造为亞济里斯盾牌的第一格(FirstCompartment of the Shiled of Achilles)的两个主題之一完全相同，則这个解釋将不象它表面上那样地可信。在荷馬所描写的审判剧內，似乎为了特意要表明原始社会的特証，爭議不是为了財产，而是为了一个杀人罪的和解費。一个人說他已經付了，另一个人說他从来沒有

收到过。但是使这幅圖画成为古罗馬实踐的复本的細节就是指定要交給法官的酬金。两个塔命(talent)的黃金放在中間，这些黃金要付給那个能把判决的理由解釋得使听众感到極为滿意的人。这个数額，和"誓金"的細小相比，显得十分巨大，这在我看来，表示着变动中的慣例和已經巩固为法律的慣例之間的差別。这被詩人認作是英雄时代城市生活中一个显著的、特有的、但仍旧只是偶然的特点而加以介紹的一幕，在民事訴訟的历史开始时，就被固定而成为一种正式的、通常的訴訟手續。因此，很自然，在一个"法律訴訟"中，"法官"的酬劳会减低到一个合理的数額，并且不再用公决的方法把它公断給許多公断人中的一个人，而視为当然地把它付給裁判官所代表的国家。但我毫不怀疑，荷馬如此生动地加以描写并由該雅士用了比平常粗劣的术語精美得多的术語来描写的这些事件，在实質上它們的意义是完全一致的；为了肯定这个見解，应該附加說明，許多观察現代欧洲最早司法慣例的观察者都認为"法院"加于罪人的罰金原来就是誓金，"国家"并不因为被告对它做了任何不法行为而取得和解費，但从給与原告的賠償中取得一分作为时間和麻煩的公平代价。昼布尔先生明白地認为盎格魯-撒克逊的 bannum 或 fredum 具有这种性質。

古代法律还提供了其他証据，証明最古的司法官吏模倣着私人爭执中人們的可能行为。在决定賠償損害时，他們以在該案件的情况下一个被害人可能要采取报复的程度作为他們的指南。这就說明了为什么古代法律对于現行犯或犯罪后不久被捕的犯人以及經过相当时間后被捕的犯人处以很不同的刑罰的原故。在古罗馬的"盜窃法"中有几个有关这个特点的奇怪例証。"十二銅表法"似将"盜窃罪"分为"显然的"和"非显然的"两种，并根据罪行归类的不同而处以显著不同的刑罰。"显然的窃盜"是指在行窃的屋子里被捕的人或是携带贓物向安全处所逃避中被捕的人；如果他

原来是一个奴隶，"十二銅表法"判处他死刑，如果他是一个自由人，"十二銅表法"判处他为财产所有人的奴隶。"非显然的窃盗"是指在上述以外其他任何情况下被發現的人；对这一类的罪人，旧法典只是簡單地要求他双倍償回他所偷窃的价值。在該雅士时代，"十二銅表法"对"显然的窃盗"的过度严酷，大大減輕了，但是法律仍維持旧的原則，处以四倍于偷窃价值的罰金。至于"非显然的窃盗"則仍旧繼續給付双倍。古代立法者无疑地認为，如果讓被害的財产所有人自己处理，則在他盛怒之下所拟加的刑罰必将和窃盗在一个相当时期后發覺时，他所能滿意的刑罰，完全不同；法律刑罰的等級就是根据这个考虑而調整的。这里边的原則和盎格魯-撒克逊及其他日耳曼法典所遵循的原則完全相同，这些法典規定人贜并获的窃盜应当場絞杀或斬首，但对于追捕已經中断而仍把他杀死的人，則規定要处以杀人罪的刑罰。古代法律中的这些区别有力地証明一个改进的和一个粗糙的法律学之間的距离。現代司法行政者公認为最感困难的，是对屬于同一專門类型的各种罪行，把它們的犯罪程度加以区别。我們很容易說一个人犯了过失杀人罪、窃盜罪或重婚罪，但如果要确定他所犯道德罪过的程度，从而确定他所应受刑罰的輕重，則常常是最感困难的。如果我們企圖正确地解决这个問題，我們在决疑上，或在动机的分析上，必将遇到困难；因此，我們今日的法律就开始了一种日益增長的傾向，尽可能对这問題不在現实法上加以規定。在法兰西，当陪审团認为有罪时，究竟这个罪是否有可以減輕的情况，听由陪审团加以决定；在英格兰，准許法官对于刑罰的选擇有几乎无限的伸縮范圍；所有的国家都对誤用法律保留着叫做"赦免特权"的一种最后补救办法，这种权力一般都归"元首"(Chief Magistrate)掌握。很奇怪，原始时代的人們很少受到这些躊躇的苦恼，他們完全确信被害人的冲动是他有权要求报复的正当标准，并且他們正确地摹倣

他情感的升降以确定他們的量刑标准。我希望能够这样說，他們的立法方法是已过时效的。但有些現代法律制度，在遇到严重不法行为时，承認不法行为者在当場被捕时其所受被害人过度的懲罰是有正当理由的——这一种寬縱，虽然在表面上看来似乎是可以理解的，但据我看来，在实际上是根据于一种很低微的道德观念。

我曾說过，最后引导古代社会形成一个眞正犯罪法律学的理由，是非常簡單的。国家自以为是受到損害了，“人民議会”就用伴随着立法行为的同一行动直接打击犯人。最古犯罪法院只是立法机关的一部分或委員会——虽然在現代并不完全是如此，我将有机会指出——在古代世界，确实是如此的。无論如何，这是最大的两个古国的法律史所指出的結論，在一个情况中是相当清楚的，而在另一个情况中是絕对明白的。雅典的原始刑法把犯罪的懲罰一部分委託給“执政官”(Archons) 作为侵权行为而加以处罰，一部分委託給“阿勒烏柏果斯元老院”，作为罪过而加以处罰。这两个管轄权在最后都移轉給“希黎亞” (Heliæa) 即平民高等法院 (the High Court of Popular Justice)，而“执政官”和“阿勒烏柏果斯”的职能便成为只是行政的或竟完全无意义的了。但“希黎亞”只是“議会”的一个古字；古典时代的“希黎亞”只是为了司法目的而召集的“人民議会”，著名的雅典“廸卡斯德黎” (Dikasteries)只是它的一部分或是陪审官。在罗馬，也發生过相应的变更，这更容易加以解釋，因为罗馬人把他們的試驗限于刑法，他們和雅典人不同，并不使普通法院既有民事的又有刑事的管轄权。罗馬犯罪法律学的历史开始于古“平民法院” (Judicia Populi)，据說是由国王主持的。这些全然是在立法形式下对大罪人的庄严审判。但似乎从一个很早的时期起，“民会”有时把它的犯罪管轄权委託一个“审問处” (Quæstio) 或“委員会”，它和“議会”的关系，正和“众議院”的一个“委員会”与“議院”本身的关系一样，只是罗馬的“委員”或“审問官”

(Quæstores) 不仅对“民会”提送报告，并且也行使該团体本身習慣上行使的一切权力，甚至包括对“被告人”判刑。这样的一个“审問处”只被指定审判一种特殊犯人，但并沒有規定不許可二个或三个“审問处”在同时进行审判；很可能，当有几件对社会的严重不法案件同时發生时，有几个“审問处”在同时受到委派。也有迹象表明，有时这些“审問处”非常近似我們“常設委員会”(Standing Committees) 的性質，因为它們是定期委任的，不必等待某种严重犯罪行为的發生。在很古的时代的議事录中被提到过的，旧的“弑亲审問官”(Quæstores Parricidii) 有权审判(或如有的人認为的那样，有权搜索和审判)一切弑亲和謀杀案件，他們似乎是正規地每年选派的；而审判对共和国有严重危害的二人委員会或“叛逆二人委員会”(Duumviri Perduellionis)，大多数著者也相信是定期指派的。把这些权力委派給这些官吏，使我們又前进了一步。不再是在对国家犯罪發生时，才被委派，而是在有可能發生时，就已具有一般的、虽然是暫时的审判权。这时已很接近一种正規的犯罪法律学，这也可以从“弑亲”和“判逆”这些一般用語上显示出来，这些用語标誌着已临近彷彿是犯罪分类的那种东西。

但眞正的犯罪法要到紀元前 149 年才开始产生，当时古尔潘尼斯·披梭 (L. Calpurnius Piso) 实行了所謂“古尔潘尼亚貪污律”(Lex Calpurnia de Repetundis) 的制定法。这个法律适用于有关盗用金錢 (Repetundarum Pecuniarum) 的案件，这就是，各“省民”(Provincials) 对总督 (Governor-General) 不正当征收的金錢有償还的請求权，但这个制定法的最大和永久重要性在于它建立了第一个“永久审問处”(Quæstio Perpetua)。一个“永久审問处”是一个永久的委員会，和那些临时的以及那些暫时的是有区别的。它是一个正規的刑事法院，它的存在从創設它的制定法通过时候起，一直繼續到廢棄它的另一个制定法通过时候

为止。它的成員不是象較早的"审問处"的成員那样特别任命的，而是在組成它的法律中規定由特种法官中选任并按照明确的規定进行更换。它有权审理的罪行也是在条例中明白規定和明白下定义的，新的"审問处"有权在将来审判一切人，如果他的行为符合于法律所規定的犯罪的定义。因此，它是一个正規的犯罪司法机关，行使一种眞正的刑事法律学。

因此，原始犯罪法史可分为四个阶段。我們可以了解犯罪的概念和不法行为或侵权行为以及罪过的概念是有区別的，在犯罪的概念中包括着对国家或社会集体所加損害的概念，我們首先發現的是，共和国按照这概念的字面意义由它自己直接干預或由它用單独行为对那些損害国家的人給予报复。这是我們的出發点；每一个公訴状就是一个痛苦和刑罰状，这是一个特别法律，指明犯人的姓名，并規定他的刑罰。当犯罪种类增加，使立法机关不得不把权力委託給特別"审問处"或"委員会"，它們都有权对一个特定的控告进行調查，并在控告經証明屬实后有权对特定犯人加以处罰。这时，第二步方告完成。当立法机关不再等待一个犯罪發生以后方才委託"审問处"，而在某种犯罪有發生的可能以及預防这些犯罪将要發生时，定期的任命象"弑亲审問处"和"叛逆二人委員会"那样的"委員"时，它又作了另一次运动。至最后阶段，"审問处"从定期的或临时的变为永久的法院——法官們不再由指派委員会的特定法律加以指定，而是規定在将来用一种特定方法和从一个特定阶級中选任——，并把某种行为用普通文字加以說明和宣布为有罪，如果触犯了，就将处以适合于每一种犯罪的刑罰。

如果"永久审問处"有一个較長的历史，它們将无疑的会被認为是一个各别的制度，它們和"民会"的关系将不会比我們自己的法院和君主之間的关系更为密切，君主在理論上是公道的泉源。但帝国暴政在它們的淵源被完全忘却前就把它們全部摧毁，并且，在

它們存續的时期內，这些"永久委員会"被罗馬人視为仅仅是一种委託权的受託人。犯罪的审判权被認为是立法机关的一种自然屬性，而公民的心理总是要从"审問处"回复到"民会"，是民会把它不可分割的职能的一部分委託給"审問处"执行的。甚至在"审問处"成为永久机关时也認为它只是"平民議会"的"委員会"——只是为一个較高的权威服役的机关——，这个看法有重要的法律后果，其痕迹留在犯罪法中一直到最近的时期。它的直接結果之一是在"审問处"成立了很久之后，"民会"仍繼續通过痛苦和刑罰状而行使刑事管轄权。虽然立法机关为了便利起見，同意把其权力委託于其自身以外的机关，我們并不能就認为它已經完全放棄了这些权力。"民会"和"审問处"繼續平行地审判犯人；在平民發生任何不平常的大公憤时，直到共和国消灭时为止，必然地要在"部落民会"(Assembly of the Tribe)前对其对象提起控訴。

共和国各种制度中最显著的特征之一也来自这"审問处"的依附于"民会"。罗馬共和国刑法制度中"死"刑的消灭一向是上一世紀中著者們最喜爱的題目，他們經常利用它指出罗馬人的性格和現代社会組織的学說。这种断然地提出的理由，認为它純粹是出于偶然的。在罗馬立法机关陆續采取的三种形式中，为众所習知的一种，即"兵員民会"(Comitia Centuriata)，是專門在行軍中代表国家的。因此"兵員民会"就具有一个軍队指揮官所应有的一切权力，它有权使所有的犯过失的人，遭受一个士兵在違犯紀律时所应得的同样懲戒。因此，"兵員民会"可以科处死刑。但"貴族民会"或"部落民会"(Comitia Tributa)則不然。罗馬城中的罗馬公民是由宗教和法律賦与神聖性的，由于这一点，这两种民会就都受到了束縛，并且，就这后一种"部落民会"而論，我們确知：根据确定的原則，"部落民会"最多只能科处罰金，既然刑事审判权專屬于立法机关，而"兵員民会"和"部落民会"却繼續行使着平列的权力，于是很

容易就会把比較严重的犯罪向科处較重刑罰的立法机关起訴；但在这时，比較民主的民会即"部落民会"几乎已完全代替了别的民会，成为后期共和国的普通立法机关。共和国的衰落，正当"永久审問处"設立的时候，因此設立它們的制定法都是由一个立法机关通过，而这个立法机关本身在通常开会时也不能对一个犯人判处死刑。所以，具有受委托权威的"永久司法委員会"(Permanent Judicial Commissions)，在其权力和能力上，受到委派权力給它的团体所具有的权力限度的限制。它們不能做"部落民会"所不能做的事；既然"民会"不能判处死刑，"审問处"也就同样的无权判处死刑。这样达到的变例在古代并不象現代一样用贊成的眼光来看它，并且，眞的，罗馬人的性格是否会因此而变好，是个疑問，但可以肯定的是，"罗馬宪法"竟变得更坏。正如每一个跟随着人类历史一直流傳到今日的制度一样，死刑在文明过程的某一些阶段中对社会是必需的。有一个时期，廢棄死刑的企圖挫敗了作为一切刑法根源的两大本能。如果沒有了死刑，社会将感覺到它对罪人沒有获得充分的报复，同时也将以为刑罰的赦免将不足以阻止别人的仿效。罗馬法院不能判处死刑，显然地、直接地引入一个恐怖的革命时期，即称为"公敌宣言"(Proscriptions)的，在这期間內，一切法律都正式停止执行，只因为党派暴行不能为它所渴望的报复找到其他的出路。这种法律的間歇的中止，是使罗馬人民政治能力衰敗的最有力的原因；并且，一旦到达这样境地，我們可以毫不迟疑地說，罗馬自由的毁灭仅仅是一个时間問題，如果"法院"的工作能使人民的热情有一个适当的出口，司法訴訟的形式将无疑地被罪恶昭彰地濫用，象在我国后期斯圖亞特(Stuarts)的各个朝代一样，但国民性格将不致于象它在实际上那样深受其害，罗馬制度的稳定也不致于象它在实际上那样严重受到削弱。

我还要提一提罗馬刑事制度中由这同一的司法权的理論产生

的另外两个特点。这两个特点是：罗馬刑事法院的非常众多以及犯罪分类的变化繁多和極不規則，这是罗馬刑事法律学全部历史中一貫的特色。据說，每一个审問处，不論是否永久的，都以一个各別的制定法为其創始的来源。它从創設它的法律得到权力；它严格遵守其特許状所規定的范圍，对于特許状所沒有明白規定的各种犯罪是不能过問的。由于組成各种“审問处”的制定法都是为了适应特种紧急需要，事实上每一种制定法都是为了懲罰当时的情况特別令人憎恶和特別危險的一类行为，这些立法在相互之間絲毫沒有关系，并且也沒有共同原則把它們联系起来。同时存在的不同犯罪法共有二三十种，由数目完全相等的“审問处”来执行它們；在共和国时期內，并沒有作过任何企圖要把这些各別的司法机关合而为一，或是要把委任它們和規定它們責任的各种制定法中的規定加以匀称。这个时期罗馬犯罪管轄权的情况在某些方面有些象英国的民事救济行政，当时英国普通法院还沒有把那种拟制的証言引用到它們的令状，使它們得相互侵入彼此的特殊的領域中。正和“审問处”一样，后座法院 (Court of Queen's Bench)、民事高等法院(Common Pleas) 和理財法院 (Exchequer)在理論上都是从一个較高的权威分出来的机关，并且每一个机关都分別主管一类特种案件，这类案件被假定是由其管轄权的泉源委托給它的；不过当时罗馬“审問处”在数量上远不止三个，如要把分屬于每一个“审問处”审判权的各种行为加以区別，远不及把韋斯敏斯德三种法院的范圍加以划分那样便当。在各个不同的“审問处”的范圍之間划一条正确分界綫是有困难的，因此这样多的罗馬法院有时造成了許多不便；我們很惊異地讀到，当一个人所犯的罪行不能立即明了究竟应屬哪一个类別时，他可同时或連續地在几个不同的“委員会”中被提出控訴，以至有一个“委員会”宣布它有权来認定他有罪；并且，虽然某一个“审問处”的定罪可以排斥其他“审問处”的审判权，

但某一个"审問处"所作的无罪开釋不能作为另一个"审问处"提出控告时的辯护。这和罗馬民事法律的规定直接相反；我們并且可以确定，象罗馬人那样对法律学中的变例（或者用他們的意义深长的成語粗野）十分敏感的人民，是不会長期容忍这种情况的，如果不是"审問处"的憂郁的历史使它們被認为是党派手中的暫时武器，而不是懲治犯罪的常設机构。皇帝不久就消除了这种审判权的重复和冲突的現象；但可以注意的是他們并沒有消除犯罪法中的另一个特点，这是和"法院"的数量有密切关系的。甚至包括在查斯丁尼安"民法大全"中的犯罪分类也是非常反复多变的。事实上每一个"审問处"都把自己局限于由其特許状委托給它审判的各种罪行。但这些罪行在原来制定法中所以归类在一起，只是因为在这一項制定法通过时这些罪行恰巧同时需要法律加以懲罰。因此，在这些罪之間未必一定有任何共同之点；但是它們在一个特定"审問处"中构成一特定的审判題目，这一个事实很自然地会給羣众以深刻的印象，同时在同一制定法中所提到的各种罪行之間的联系又是如此的根深蒂固，甚至在西拉和奥古斯多皇帝正式企圖整理罗馬犯罪法时，立法者还是保留着旧的分类方法。西拉和奥古斯多的制定法是帝国刑事法律学的基础，这些制定法所傳給法律学的有些分类是非常特别的。我試举一个簡單的例子，伪証是始終和割伤以及毒杀归类在一起，这无疑是由于一条西拉法律即"哥尼流暗杀和毒杀律"(Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis)曾把这三种形式的罪行的审判权給与同一个"永久委員会"。同时可以看到，这种罪行的任意归类也影响到罗馬人的方言。人民自然地养成这样一种習慣，即把列举在一条法律中的各种罪行用單子上的第一个名称来称呼它，而这个名称也就用来称呼授权审判这些罪行的法院。凡是由"通奸审問处"(Quæstio De Adulteriis)审判的罪行便都称为"通奸罪"(Adultery)。

我对罗馬"审問处"的历史和特征所以不厭其詳地加以說明，是因为一个刑事法律学的形成从沒有在任何其他地方这样有啓發地例証过。最后的一批"审問处"是由奥古斯多皇帝加設的，从这时候起，罗馬人可以說已具有一个相当完全的犯罪法了。和它發展的同时，类推的过程繼續进行着，我把这个过程称为把"不法行为"改变为"犯罪"，因为，虽然罗馬法立机关对于比較兇暴的罪行并沒有廢止民事救济，它給被害人提供了他一定願意选擇的一种賠償。但是，即在奥古斯多完成其立法以后，有几种罪行仍繼續被視为"不法行为"，而这些罪行在現代社会看起来，是应該作为犯罪的；直到后来，在一个不能确定的时期，当法律开始注意到一种在"法学彙纂"中称为非常犯罪(crimina extraordinaria)的新的罪行时，它們才成为刑事上可以处罰的罪行。无疑的，有一类行为，罗馬法律学理論是單純地把它們看做不法行为的；但是社会的尊严心日益提高，反对对这些行为的犯罪者在給付金錢賠償損失以外不加其他較重的处罰，因此，如果被害人願意时，准許把它們作为非常(extra ordinem)犯罪而起訴，即通过一种在某些方面和普通程序不同的救济方式而起訴。从这些非常犯罪第一次被承認的时期起，罗馬国家的犯罪表一定和現代世界任何社会中所有的同样地長。

我們沒有必要詳細描写罗馬帝国执行犯罪司法的方式，但須注意，它的理論和实踐都对現代社会發生有力的影响。皇帝們并不直接廢棄"审問处"，在开始时，他們把一种广泛的刑事审判权交給"元老院"(Senate)，虽然事实上它其中可能显得很卑賤，但在这个"元老院"中皇帝在名义上也和其余的人一样只是一个"議員"(Senator)。皇帝在开始时就主張要有某几种并行的犯罪审判权；这种审判权跟着对自由共和国的記忆日益衰退而坚定地扩大着，它占取了古法院的权力。逐漸地，对犯罪的懲罰权移轉給直接由

皇帝委派的高級官吏，"元老院"的特权移轉到"帝国枢密院"(Imperial Privy Council)，"帝国樞密院"也就成了一个最后刑事上訴法院。在这些影响下，現代人所熟悉的学理在不知不覚中形成了，即君主是一切"公道"的泉源，是一切"美德"的受託人。帝国在这时候已达到完善的地步，这不是不断增長阿諛和卑賤的結果，而是帝国集权的結果。事实上，刑事公道的理論已几乎回到了它开始的出發点。它开始时相信应該由集合体用其自己的手来报复其自己的不法行为；它最后所采的学理則以为犯罪的懲罰在一种特殊方式中屬于君主，他是人民的代表和受托人。这种新的見解和旧的見解不同，主要在于公道监护所給予君主个人的敬畏和庄严气概。

罗馬人对于君主和公道关系的一个較近的見解，当然有助于使現代社会可以无須經过这一系列的变化，象我在"审問处"的历史中已經例証过了的。在居住于西欧的几乎所有民族的原始法律中，都有这样一个古代概念的迹象，即犯罪的处罰屬于自由人的議会，在有些国家中——据說苏格兰是其中之一——現存司法机关的淵源可以追溯到立法机关的一个"委員会"。但犯罪法普遍由于两种原因而得到更快的發展，这两种原因，即罗馬帝国的回忆和教会的影响。一方面，凱撒的威严傳統由于查理曼王朝的暫时得势而被保全，使君主具有一个蛮族酋長所决不能获得的一种威望，并使最小的封建主也有了社会保护人和国家代表人的資格。另一方面，教会急于控制兇暴殘忍行为，对比較严重的恶行树立懲罰的权威，在"聖經"的有些章节中，有些語句同意以刑罰之权授与民事高級官吏。"新約全書"認为世俗統治者的存在是为了使作恶之人有所恐惧；"旧約全書"認为"流人血者，人亦流其血"。我以为，毫无疑問，对于犯罪問題的各种現代观念都根据"黑暗时代"敎会所主張的两种假定——第一，每一个封建統治者在他的地位上得比拟于

圣·保罗 (Saint Paul)所談到的罗馬高級官吏；其次，他所要懲罰的罪行是"摩西十誡" (Mosaic Commandments) 中規定要禁止的，或是教会并不保留在其自己审判权之內的。"異端" (Heresy) (被假定为包括在"第一誡"和"第二誡"中的)、"通奸"和"伪証"是宗教罪行，教会只允許世俗权力在發生非常严重案件时才予以合作以便課以較重的刑罰。同时，它教导我們，各式各样的謀杀和强盜案件之所以都屬于民事統治者的管轄，这不是由于他們地位的偶然結果，而是由于上帝的明白命令。

在关于阿尔弗烈德国王 (King Alfred) (墨布尔，卷二，第209頁)的著作中，有这样一段，特别明显地說明在他的时代关于刑事审判权的起源流行着的各种观念的爭論。可以看到，阿尔弗烈德認为它半屬于教会权威，半屬于"国会議員" (Witan)，他明白主張反叛地主罪可以不受普通規定的管轄，正和罗馬"大法" (Law of Majestas) 規定反叛凱撒罪应不受普通規定管轄相同。"在这以后"，他說，"有許多国家接受了对基督的信仰(有許多宗教会議遍及地球各处，在英国人中当他們接受了基督信仰，不論对神聖主教的，或是对崇高的'国会議員'的)之后，也是如此。他們于是規定，由于基督的慈悲之心，世俗的君主們在取得他們的許可后，得不犯罪过而对每一恶行取得他們所規定的以金錢表現的博脫 (bot)；除了反叛君主外，对于这种情形，他們是不敢給与任何慈悲的，因为'全能的上帝'对于藐視'他'的，不为定罪，基督对于把'他'出卖致死的，也不为定罪；'他'命令一个君主应該受人爱戴，象'他自己'受人爱戴一样。"

